# INSTITUZIONI

DI

# DIRITTO AMMINISTRATIVO

Nuova Collezione di Opere Giuridiche — N. 59

# INSTITUZIONI

DI

# DIRITTO AMMINISTRATIVO

PER

**LORENZO MEUCCI**

PROFESSORE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

QUARTA EDIZIONE MIGLIORATA

TORINO
FRATELLI BOCCA EDITORI
LIBRAI DI S. M. IL RE D'ITALIA

*SUCCURSALI:*

MILANO Corso V. E., 21 — ROMA Corso 216-217 — FIRENZE Via Cerretani, 8

*DEPOSITI:*

PALERMO — MESSINA — CATANIA

1898

# PREFAZIONE

Il tentativo di ridurre a corpo di dottrina giuridica la congerie indefinita delle cose amministrative, di chiamare a vita di scienza la inerte materia di questa parte enorme della nostra legislazione, di fornire agli studiosi un complesso di principii, di teoremi e come un viatico scientifico per le carriere forensi o amministrative, un bandolo per condurli nel laberinto delle quistioni e per uscirne a qualche modo, un quadro di applicazioni richiamate a certe categorie principali, codesto tentativo è il còmpito di questo libro. Esso guarda a qualcosa di meno ampio, ma più difficile, di quel che si dice un trattato, e però può dirsi un tentativo, sempre lodevole ancor quando non si abbia coscienza di poter compierlo perfettamente. D'altronde a chi posto per sua condizione a lottar tuttodì co' dubbii della scienza nella scuola, con quelli dell'applicazione ne' consulti e nel fôro, è impossibile di non provare la seduzione a fare questo esperimento, anzi di non trovarsi, dopo un po' di tempo, di pazienza e di meditazioni, i materiali e gli elementi per tentarlo. Coloro che, trovandosi a fare o a contraddire colle amministrazioni (caso usuale oramai nella vita del fôro e degli affari), han sentito il bisogno supremo di luce, di appoggio

e di guida, e nella farragine delle leggi, nell'incertezza della giurisprudenza nostrana e forestiera, nella penuria di libri, nella incompiutezza di dottrine han sentito quasi la disperazione a procacciarsi autorità e convinzioni, costoro son sicuro che mi meneran buone, in grazia del proposito, tutte le mende incorse ad effettuarlo.

La gravità e l'importanza principale che il problema economico e amministrativo ha acquistato ai nostri giorni, nella nostra azione precipuamente, la fervente elaborazione dell'opera legislativa che invoca l'aiuto della scuola di qua dalle scienze giuridiche, di là dalle economiche, la vocazione speciale d'Italia per gl'istituti e per gli studii amministrativi (dico speciale, perchè è stata la prima a dettare dottrine tecnico-giuridiche di amministrazione quando divisa ed invasa non avea innanzi di se un modello di Stato e d'amministrazione propria) reclama da ognuno di noi, cui lo Stato affidò un còmpito ufficiale in questa parte, almeno una dimostrazione di voleri e di sforzi coscienziosi.

Avemmo già scritti pregevoli nel diritto amministrativo e, in fatto di teorie, di principii tecnici, di vedute generali e sintetiche; li avemmo, mi parve, superiori a quelli d'altrove, i quali sono alla loro volta, più che i nostri, comodi e ricchi di tradizioni e di documenti legislativi in bell'ordine disposti. Ma forse resta da far molto dal lato de' criterii e delle applicazioni giuridiche in senso stretto. Ora che l'amministrazione procede con norme rigorose nell'interno, ora che è scesa a contendere coi privati fin nel piano dell'arena giudiziale, il diritto amministrativo ha bisogno di ricongiungersi al *Diritto* con tutti i legami dell'indivisibile sua unità. Ora che,

distinto nell'amministrazione l'elemento giuridico dall'economico e politico, a quest'ultimo sono destinate e consacrate nell'enciclopedia ufficiale delle nostre facoltà discipline speciali economico-amministrative, principale una scienza dell'amministrazione, mi pare che possa e debba ringagliardirsi e profondirsi lo studio di quel primo elemento. Senza trascurare le norme regolamentari, il meccanismo degl'istituti, le distinzioni artificiali e positive, massime dove le assista una ragione e una natura delle cose e degli ordini sociali: un libro che si consacri più a fondo a' rapporti giuridici tra amministrazioni ed amministrazioni, tra amministrazione e privati, è certamente di un sentito bisogno e di una desiderata utilità.

Da questo aspetto guardato principalmente il diritto dell'amministrazione, esposto con andamento elementare, facile e ordinato, saldo ai principii, ma coll'occhio agli svolgimenti e alle specie pratiche, mi sembrò che potesse acconciamente esser chiamato un libro di *Instituzioni di diritto amministrativo*. Del metodo e delle partizioni si ragionerà meglio nella introduzione.

# PRENOZIONI

## CAPO I.

### Oggetto del diritto amministrativo.

Lo Stato e la podestà pubblica si può considerare, come ogni forza, in due momenti: nella sua costituzione, nella sua azione. L'uomo nasce ed opera. Lo Stato si forma ed opera, e all'uno e l'altro momento presiede il diritto, perchè anche il costituirsi è azione regolata.

Ora come la podestà o attività dello Stato si distingue nelle sue funzioni o poteri: legislativo, giudiziario, amministrativo; così l'azione dello Stato si distingue nelle tre azioni: *legislazione, giurisdizione, amministrazione.*

In un senso più largo ed improprio, l'amministrazione è da taluni detta l'azione tanto del giudiziario che del potere amministrativo, e in questo senso si parla anco dell'*amministrazione della giustizia.*

Propriamente l'amministrazione è tutta l'*azione* del potere che cura l'interesse generale, nel qual senso poterono il Macarel e il Pradier-Foderé (1) dire che l'amministrazione è il governo meno la legislazione e la giudicatura. Nè manca un significato più ristretto della parola amministrazione quando contrapponesi al *governo,* ossia all'azione politica che cura gli alti interessi generali e morali della società considerata come un tutto, della quale azione l'amministrazione non sarebbe se non una subalterna esplicazione.

(1) *Précis,* I part., ch. 1, pag. 12, in pr.

V'hanno infatti quelli, come il Macarel e il Ducrocq (1), che partendo dalla duplice distinzione del potere, in legislativo ed esecutivo, questo suddistinguono in tre rami: governo, amministrazione e giustizia: attribuendo il primo piuttosto al diritto costituzionale che all'amministrativo. Ma questa distinzione, se ha ragione e utilità nella prassi e nell'arte di governo, crediamo impossibile e inutile per la scienza del diritto. La norma giuridica dell'azione esecutiva dello Stato, sia superiore *(governo o politica)*, sia inferiore *(amministrazione)*, non può avere che un solo e medesimo carattere scientifico e i due rami sarebbero solo distinti per *gradi*, non per natura e specie (2). Di che ritornerà discorso ad altro proposito (3). E siccome il potere esecutivo è quello cui è dato porre gli scopi di benessere pubblico, cioè curare gl'interessi pubblici, ne segue che l'amministrazione non è altro se non l'azione dello Stato per raggiungere gli scopi di pubblica utilità, o, più semplicemente, la cura degl'interessi pubblici. Il diritto regolatore di quest'azione pubblica è il *Diritto amministrativo.*

L'amministrazione benchè esprima l'azione proprio nel momento esecutivo dell'atto, *ab administrando*, che significa il fare (4), e quindi si opponga al momento di *formazione*, di *statuizione*, di *deliberazione;* tuttavia non vi si oppone se non in senso relativo e costituzionale, non esclusivo ed assoluto. L'amministrazione benchè sia pura azione quando si ponga in antitesi al formarsi dello Stato *(costituzione)*, e allo statuire *(legislazione)*, e al giudicare *(giurisdizione):* però, distaccata una volta da quelle funzioni, nel suo sviluppo non esclude il momento deliberativo e neppure il costituzionale, quasi per quella medesima legge biologica e sociologica per la quale avviene che le sottospecie o gl'individui riproducono gli stessi sviluppi della specie. L'azione dello Stato pel raggiungimento de' suoi scopi si forma ed organizza anch'essa in istituti *secondarii*, statuisce, ossia detta norme per quindi *agire*. Il nome d'amministrazione si riferisce non solo all'atto, ma al complesso degl'istituti ed organi attivi e non esclude la norma, il consiglio e

(1) Ducrocq, *Cours*, n. 29, c. 30.

(2) Così il Serrigny, *Traité du dr. publ. français*. Introduz. p. 96.

(3) V. part. I, sez. 2ª, cap. 1°.

(4) *Administrare rempublicam*, governare: *administrare sementem* o *vindemiam* (Col. Cat.), seminare, vendemmiare.

la deliberazione che all'atto precede. Pertanto il diritto amministrativo non è soltanto la norma di rapporti tra amministrazione ed amministrati, ma è altresì la regola degli organismi amministrativi.

A esplicare quindi il concetto dell'amministrazione e del diritto correlativo, quale risponde alla sua realtà, deve concepirsi il diritto amministrativo come quel ramo di diritto pubblico che detta *le norme regolatrici degl'istituti sociali e degli atti del potere esecutivo per l'effettuazione degli scopi di pubblica utilità.* La scienza che studia questo diritto, richiamandolo ai principii generali e a sistema, è la scienza del diritto pubblico amministrativo.

Il diritto amministrativo ha quindi, come l'amministrazione, un senso lato e un senso stretto. Nel primo esso abbraccia tutta l'azione diretta dello Stato per l'attuazione de' fini sociali. Nel secondo senso (men proprio) si limita all'azione diretta ai varii scopi di benessere *interno,* esclusa tutta quella parte che risguarda gli alti interessi della società considerata come unità statuale e contrapponesi quindi a un diritto politico e internazionale e persino ad un diritto *pubblico ecclesiastico.*

## CAPO II.

## Rapporti del diritto amministrativo colle varie scienze economico-giuridiche.

Il diritto pubblico amministrativo ha differenze e rapporti intimi col diritto costituzionale, col giudiziario, coll'internazionale, colla scienza dell'amministrazione, colla scienza politica, coll'economia politica.

Il diritto costituzionale tratta dell'organismo dei poteri, mentre il diritto amministrativo dell'azione di un solo di essi. Ma come è impossibile studiare l'organismo senza riguardare all'azione e come le norme dell'azione dipendono dalla natura e dall'oggetto del potere, quindi viene un nesso comune ed intimo tra le due scienze, il quale fa sì che nel diritto costituzionale trovi l'amministrativo i suoi *postulati,* anzi questo non sia che la esplicazione di quello, e quindi ancora un obbietto quasi promiscuo e ambiguo tra le due scienze, che è l'organamento de' corpi amministranti (1).

(1) Si può vedere il mio *Sist. elem. del dir.*, cap. 21, pag. 351.

Il diritto costituzionale poi, nel senso tecnico e *convenzionale*, contiene anch'esso una parte di norme di azione, cioè: 1° quelle dell'attività legislativa, che propriamente costituirebbero il *diritto legislativo;* 2° le somme regole dei diritti così detti *astratti* o di libertà, considerati come fine ultimo della costituzione dello Stato.

Dal diritto giudiziario poi si distingue l'amministrativo perchè quella è norma di organamento e di azione del potere che giudica, come questo è del potere che amministra. Ma il potere giudicante stesso dipende dall'esecutivo ne' rapporti amministrativi, puta per la nomina dei magistrati, pel pubblico ministero, per le provviste de' mezzi materiali, come vicendevolmente l'esecutivo vedremo dipendere da quello giudiziario per la risoluzione delle controversie giuridiche.

Il diritto internazionale e diplomatico si differenziano dall'amministrativo nel senso tecnico e ristretto, poichè, inteso questo nel senso largo ed etimologico, quelli ne farebbero parte. Ma l'importanza di quel ramo d'azione pubblica che riguarda i rapporti internazionali, la differenza de' fondamenti in cui si basano le sue regole, poggiate sul principio della nazionalità e dell'eguaglianza internazionale, e su criteri d'indole morale, fa di esso una scienza al tutto separata, come eziandio l'arte e la pratica dell'azione o politica esterna si differenzia per tal modo in tutto dall'arte e dalla pratica dell'amministrazione interna, benchè tra le due pratiche vi siano nessi e relazioni, azioni e reazioni mutue grandi e numerose.

Ma i più intimi contatti sono tra il diritto amministrativo e la scienza dell'amministrazione. La separazione pratica di queste due scienze è di data recente ed è in Germania che si è istituito per prima un insegnamento della scienza dell'amministrazione distinta dal diritto amministrativo. Alcuni riferiscono la distinzione a un contenuto diverso come a dire per es. l'*ingerenza sociale* per la scienza, e l'attività giuridica pel diritto amministrativo (Gerber, Meyer, Orlando) ovvero l'azione per l'una e l'organismo amministrativo per l'altra (1). Ciò può essere per lo meno equivoco, inquantochè e organismo e azione studiano entrambi le scienze indub-

(1) Vedi su questa distinzione M. La Via Bonelli, *Prenozioni di dir. amm. e scienza dell'amm. (Antologia giuridica*, anno V, fasc. 3-4, Catania; Orlando, *Principii di dir. ammin.*, Barbera, 1891, cap. 3; Ferraris, *La statistica e la scienza dell'amm.;* Sailer, *Prolog. allo studio del dir. amm.*

biamente. La distinzione non può stare se non nel modo di studiare l'uno e l'altra e quindi la distinzione risponde a un concetto logico. L'amministrazione può essere studiata nel suo *elemento tecnico e materiale*, e nel suo elemento *formale* e *giuridico*. Il diritto dell'amministrazione presuppone come materia l'*istituto* amministrativo, il quale può essere giudicato e studiato dall'aspetto della sua opportunità, convenienza ed utilità intrinseca indipendentemente dal principio morale e dal diritto sia razionale sia positivo. Il diritto è l'ordine, l'amministrazione è libertà (1). La legge amministrativa è in grandissima parte la forma accidentale *conseguente* e non *antecedente* al concetto economico amministrativo, il quale perciò rimane oggetto d'una scienza distinta, e anche là, dove il concetto amministrativo si è incarnato in una legge, può essere considerato astrattamente da essa e fatto oggetto d'una disciplina diversa. E tale differenza della *forma* e dell'*aspetto* tra le due discipline influisce eziandio a una differenza modale di *contenuto*. Imperocchè da un lato quella parte del diritto amministrativo che poggia sui principii fondamentali della libertà e personalità umana e che contiene le applicazioni de' sommi teoremi del diritto comune a' rapporti sociali tra l'amministrazione e gli amministrati non saranno che postulati o presupposti non soggetto proprio nella scienza dell'amministrazione, perocchè questa vive e spazia nell'elemento dell'utilità; mentre, dall'altro lato, lo svolgimento e il perfezionamento degl'istituti amministrativi e i particolari delle loro applicazioni e il loro artificiale meccanismo è materia, se non profana al diritto amministrativo, certo secondaria o indifferente. Il regolamento 22 ottobre 1885 che istituì l'insegnamento della *scienza dell'amministrazione* colla sua distinzione tra i *principii razionali* e il *sistema completo* della amministrazione ci parve informato a' suesposti concetti.

Ma, mentre le due scienze hanno principii e sino ad un certo punto materia distinta, è innegabile che in gran parte s'incontrano e si compenetrano. È impossibile infatti che la scienza amministrativa prescinda dalle leggi amministrative che creano e governano gl'istituti ed esaminandone il contenuto e lo spirito non risalga talvolta a' principii morali e giuridici che li informano. È impossibile poi che il diritto amministrativo, trattato come scienza e obbligato perciò a render conto della ragione delle leggi, non debba

(1) Bluntschli, *Dir. pubbl. univ.*

entrare nella disquisizione delle condizioni economiche e sociali che ispirarono e generarono i varii istituti e dello scopo a cui essi s'informano e dell'ideale perfezionamento di essi. Egli è in questa parte principalmente del valore e delle cause intrinseche delle istituzioni amministrative che diritto e scienza dell'amministrazione quasi si confondono nella realtà della loro trattazione e materia, e che la loro distinzione diviene tutta formale ed astratta. Cio significa che gl'insegnamenti e gli svolgimenti delle due scienze debbono essere ben coordinati quando si vogliano evitare geminazioni inutili e, peggio, contraddizioni dannose.

Per una ragione somigliante il diritto amministrativo si connette in certe parti colla economia politica. Stein fa di questa uno degli obbietti del diritto amministrativo, insieme al territorio, alla popolazione, alla società. Certo lo Stato agisce sull'economia pubblica: però il diritto amministrativo riguarda codesta economia dal punto di vista dell'amministrazione di Stato. La scuola economica la studia invece nelle sue ragioni e leggi spontanee. Ma indubbiamente contatti vi sono; imperocchè, in fatto di materie amministrative, la *ratio legis* trovandosi in gran parte nel miglior utile, ne risulta che, quando trattasi d'interessi economici, essa si fonda per lo più sulle leggi stesse di ordine economico. Negl'istituti che si riferiscono alla produzione sia industriale, sia commerciale, sia agricola, in quelli che appartengono a' consumi pubblici e alla ricchezza dello Stato e delle amministrazioni locali e alle imposte, niuno può il diritto amministrativo trattare come scienza nè dal lato positivo nè dal lato speculativo se non largamente attingendo a' concetti della sociale economia, come è innegabile che questi influiscono grandemente nelle istituzioni onde si ordina la amministrazione dello Stato.

Anche la scienza politica somministra al diritto amministrativo fondamenti e ragioni d'essere delle sue leggi e de' suoi istituti, benchè formalmente si separi e quasi in un senso si contrapponga al diritto, perocchè sia anch'essa ispirata dalle ragioni d'alto tornaconto e interesse sociale, di convenienza, di espediente, di opportunità. Distinzione però (e questo poteva dirsi pure d'ogni scienza economico-politica), che non può mai andare sino alla contrapposizione vera, perchè il giusto e l'utile se non si reciprocano nei concetti s'incontrano nella realità della vita sociale, come il progresso di simili scienze va ogni dì rilevando e dimostrando.

Quali poi siano i nessi e i rapporti del diritto amministrativo col civile e commerciale, e in genere col diritto *privato*, non è dato intendere senza risalire alla principale distinzione del diritto privato e pubblico (1). Il diritto amministrativo, largamente inteso come regola d'azione dello Stato, sottoposto ad analisi si può trovare composto di tre elementi. Non essendo esso che una grande applicazione del diritto a' rapporti della vita pubblica, in molti punti è *parte*, in altri è *svolgimento*, in pochissimi *modificazione* del diritto civile inteso largamente e a modo romano. Dove lo Stato e l'amministrazione *privati jure utitur*, come nelle proprietà e nei diritti patrimoniali, non è che un ramo del diritto civile. La natura poi dello Stato e della *persona publica* determina variazioni, ma soltanto di applicazione e di sviluppo ne' teoremi del diritto e queste possono dirsi costituire di fronte al diritto civile un *jus speciale*. La *ratio utilitatis publicæ* poi ne importa modificazioni che possono considerarsi come uno *jus singulare*. Il quale però non apparisce se non in figura transitoria nel campo del diritto, lasciando subito luogo alle applicazioni de' principii superiori e pigliando anche nelle sue eccezionali determinazioni figura degl'istituti civili, come accade per esempio nelle espropriazioni per causa d'utilità pubblica, nelle imposte, nelle privative industriali commerciali o ne' diritti di autore. Il vero diritto amministrativo vive nei due secondi elementi. Il che sarà meglio illustrato a suo luogo.

Gl'istituti del diritto amministrativo, che si riferiscono alla tutela, alla polizia, all'incremento del commercio e del credito, non possono non avere grandi contatti col diritto commerciale. Questi contatti sono tanto più intimi in quanto una medesima ragione, il favor del commercio, genera le istituzioni e le forme sia amministrative e sia commerciali. La differenza sta in ciò che il diritto amministrativo considera il commercio dall'aspetto dell'azione pubblica, il commerciale da quello dell'azione privata: quello dal lato della tutela ed utilità sociale, questo della libertà individuale. Ma questi lati ed aspetti si riscontrano, s'intrecciano negl'istituti complessi commerciali, come per esempio nelle camere e borse di commercio, ne' crediti pubblici, nelle banche, nel credito fondiario, onde le nozioni dell'una scienza servono all'altra reciprocamente.

---

(1) Si può vedere il citato *Sist. elem.*, cap. 23.

## CAPO III.

### Il diritto amministrativo come diritto e come scienza.

Colle cose dette, tuttochè sia supposto che il diritto amministrativo sia un vero diritto e una vera scienza, tuttavia anche questo presupposto non passa senza una questione e una dimostrazione, mentre v'ha chi nega natura di giurisprudenza vera all'amministrazione, dicendola affare di prudenza e di probità, esempligrazia il Carmignani.

Diritto non è la stessa cosa che legge, nè quindi il fatto della esistenza di una legislazione amministrativa scioglie la questione. Queste leggi, si dice, in quanto amministrative, non sono altra cosa che espedienti di tornaconto, dipendenti dal criterio o sistema personale di governo che trionfa a un dato momento, mutevoli come esso. È risaputo che l'utilità sola non è base, ma solo materia di diritto, nè divien diritto se non quando la legge costituisce un organismo che posa in fondamenti morali e costanti. Il solo vigore transitorio di obbligazione che dà a una norma la volontà del legislatore non basta ad erigerla a dignità di diritto nè, molto meno, di scienza. Per tale ragionamento impugnano alcuni al così detto diritto amministrativo il carattere di diritto, almeno scientifico.

L'obbiezione è solida e, in un senso, vera. In tutti i rami del diritto, ma nell'amministrativo segnatamente, si distinguono due elementi: l'uno *formale*, l'altro *materiale;* quello consistente in certe leggi fondamentali della umana natura, nell'intrinseco giusto, questo nell'utilità pratica e relativa. Ben è vero che questa non diviene diritto se non congiunta a un principio superiore di intrinseca giustizia, come nel diritto pubblico dominante è quello della *salus populi,* e che codesti due elementi si ritrovano in tutti i rami del diritto. Ma le differenze stanno nel nesso e nella proporzione fra gli elementi stessi. Imperocchè alcune volte il nesso è necessario ed unico, quando un'utilità si presenta come solo mezzo a raggiungere lo scopo. Altre volte è vario e contingente, poichè più utilità si dànno a quello scopo dirette. In quel primo caso domina l'elemento *formale* e *morale,* p. e. nel caso della *proprietà.* Nel secondo domina l'elemento *materiale* e la quistione della utilità, poichè si tratta di far la scelta fra più mezzi utili, dove per con-

seguenza il criterio è tutto di ordine economico, politico e amministrativo. È quindi chiaro come l'elemento giuridico e scientifico risiede più nella prima, meno nella seconda parte: avvegnachè la prima non sia che un'applicazione diretta e apodittica del gran principio del diritto comune, il secondo un espediente trasformato in regola obbligatoria, ove il diritto emanando solo dalla *volontà* legislativa è accessorio e conseguente, e sopra di esso la scienza giuridica appena può compiere un modesto officio di semplice ermeneutica.

Ora negli ordini amministrativi questa seconda parte abbonda a petto della prima, e ciò si comprende perchè esso s'informa essenzialmente ad uno scopo utile, l'interesse sociale. Non però la prima parte, ossia l'elemento giuridico, vi manca, poichè lo Stato e le sue frazioni organiche e i suoi scopi e le sue funzioni, da cui scaturiscono le regole della sua azione, hanno fondamenti anch'essi morali nella natura delle cose, nell'ordine etico e nel concetto delle pubbliche e particolari libertà e perfino nelle leggi organiche e biologiche individuali o sociali. Inoltre lo Stato medesimo nello svolgere l'azione sua verso lo scopo s'incontra nelle collaterali ed eguali libertà dell'individuo e in questo incontro nascono rapporti di stretto ordine civile. Questi rapporti non sono che applicazioni della grande idea giuridica, del diritto comune, e non si differenziano nella sostanza dal diritto civile, anzi sono parte del diritto *civile* rettamente e largamente inteso, nè si distinguono dallo stesso diritto privato pe' loro fondamenti, ma nella loro applicazione, nella specialità delle contingenze materiali e nella occasione in cui questa applicazione si fa, tranne una menoma parte di regole eccezionali che risolvono casi di vero conflitto in grazia della persona pubblica e che possono dirsi in certo senso relativo costituire lo *jus singulare* o *statutario* dell'amministrazione.

Parte importantissima del diritto e veramente speciale è questa che io dico, e difficile eziandio, dove ancora la dottrina e la giurisprudenza si travagliano in oscurità, lotte ed incertezze. La natura, i rapporti, la posizione veramente giuridica delle persone private e pubbliche, la costituzione di queste nelle loro rappresentanze e i rapporti tra esse e i loro rappresentanti sono un ramo di questa scienza giuridica. Il diritto del pubblico patrimonio, i demanii, le imposte, i crediti pubblici, le strade e le acque pubbliche co' loro rapporti alle proprietà private, le miniere e le espropriazioni, la

tutela delle proprietà intellettuali, i principii morali dell'azione preventiva o politica, massime verso gl'interessi morali e religiosi, le definizioni giuridiche dei comuni e delle altre amministrazioni e istituzioni di pubblica autorità e i loro speciali diritti e rapporti ed altri simili oggetti sono vera e superba materia e fior di diritto e di scienza del diritto.

Sonovi pertanto nel diritto amministrativo due parti distinte: una scientifica e giuridica, l'altra regolamentare; l'una dove vive l'elemento giuridico scientifico: l'altra dove campeggia l'arte della politica e dell'amministrazione, il *meccanismo* e il *tecnicismo* degli istituti. Egli è per quella prima parte che il diritto amministrativo ha veramente nome e dignità di un *diritto* positivo e scientifico.

Questo diritto e questa scienza ha una storia, della quale veniamo a dare un compendio in sommi tratti.

## CAPO IV.

## Cenni storici del diritto amministrativo.

Il diritto amministrativo è da considerarsi sotto doppio aspetto, come legislazione e come scienza, benchè è innegabile che questi due aspetti si connettano fra loro e fino ad un certo punto anche si confondano (1).

Nel primo aspetto, cioè di viventi instituzioni amministrative, la sua storia si confonde con quella degli Stati, avvegnachè non v'è Stato senza istituti o regole di amministrazione. La scienza invece del diritto amministrativo incomincia solo allora che gl'istituti stessi sono animati da principii dedotti dalla natura stessa dell'uomo e della società; e ciò avviene quando nello spirito d'un popolo nasce e vige l'opera della riflessione filosofica e questa si applica a' rapporti della vita sociale. Allora appunto sorge un vero diritto pubblico, fondato principalmente sul concetto dello Stato e de' suoi naturali rapporti co' cittadini. Ma perchè poi lo studio del diritto pubblico si volga separatamente all'amministrazione, è necessario che si formi innanzi agli occhi del giureconsulto un mo-

(1) Per le fonti di storia e letteratura del diritto amministrativo vedi il DE MOHL, il MULLEIN, il DE GIOANNIS, il MANNA annotato dal TELESIA e il LAFERRIÈRE.

dello reale di Stato nel quale la distinzione di poteri, di ordini, di ufficii da un lato, e di libertà costituzionali dall'altro facciano nascere quistioni, indagini e rapporti che richiamino, per la loro importanza, l'attenzione sua.

Ora, siccome nella società romana codesta riflessione filosofica non fu adulta abbastanza in nessuna epoca sua, nè mai si potè formare l'adeguata idea dello Stato, nè della persona individua, nè de' razionali loro rapporti e distinzioni, vero e compiuto diritto scientifico dell'amministrazione non si potè avere, anzi neppure in generale alcun proprio diritto pubblico. Non mancano però nelle fonti alcune speciali e belle applicazioni giuridiche alle varie parti dell'amministrazione pubblica, trattate ne' libri de' giureconsulti (1) e confuse nelle collezioni collo stretto e privato diritto civile. Tali sono le regole riguardanti le imposte, i diritti e privilegi del fisco, le strade, le acque, i municipii, la quale ultima materia forma un trattato abbastanza compiuto. Sulla circoscrizione poi amministrativa dell'impero e sulla organizzazione dell'amministrazione pubblica si ha tutto un sistema nelle costituzioni di Diocleziano (2).

Il medio evo ci presenta il tipo dell'amministrazione feudale e poi comunale: quella basata sull'elemento arbitrario e patrimoniale, questa foggiata sul modello della costituzione municipale romana.

Inutile cercare in quella un sistema di leggi amministrative, quando l'autorità centrale debole e inorganica non avea colle altre parti dello Stato rapporti che eventuali e rari, d'imposte e di giurisdizioni, e le medesime contribuzioni anche sotto forma di servigi militari o civili ritraevano in tutto l'indole patrimoniale ed erano governate o dall'arbitrio convenzionale o dalle norme del diritto privato. Più è da cercare una tradizione amministrativo-giuridica

---

(1) Tale il commento di Gajo al titolo *de publicanis* nell'Editto; il libro di Callistrato *de jure fisci;* quello di Ulpiano *de officio proconsulis* e *de censibus*.

(2) Vedi il Codice Theod. e nel *Corpus juris:* tit. *de jure fisci, de publican. de via publ. de aqua; ad municip., de honor. et muner.* ecc., e le opere del SERRIGNY, *Droit publ. et adm. des Romains;* del THIERRY, *Mém. sur l'organ. de l'adm. centr. dans l'empire rom.;* dell'HEGEL, *Dell'amm. de' municipii ital.*, trad. Conti; del BÉCHARD, *Le droit munic. au moyen-âge;* dell'HOUDOY, *Le droit munic.;* del WILLEMS, *Le droit publ. des romains;* del DUPIN, *Hist. de l'adm. des communes;* del MOMMSEN, *Römisch. Staatsrecht* e del MARQUARDT, *Römisch. Staatsverwaltung.*

negli statuti e negli ordini comunali, come, ad esempio, quelle delle responsabilità e del sindacato degli amministratori pubblici.

Nella rinascenza dello studio del diritto romano, le scuole dei giureconsulti rivolte tutte al comento e allo svolgimento del testo non pensano a fare del diritto pubblico amministrativo uno studio sistematico e separato. E così pure avvenne di quei giureconsulti che si occuparono del diritto feudale e statutario.

Le scuole di Grozio e dei giureconsulti filosofi del secolo XVI e XVII occupate a fondare le basi morali del diritto privato e pubblico, rivolte allo studio organico delle nazioni e degli Stati nei loro sommi rapporti fra governanti e governati, fra nazione e nazione, non aveano nè poteano avere per loro istituto lo studio delle discipline che regolano l'azione dello Stato nel suo svolgimento verso i varii scopi di benessere sociale, per la ragione dianzi accennata, cioè della mancanza di un modello e tipo di Stato costituito e distinto ne' varii ordini e con guarentigie delle libertà private di fronte alle pubbliche.

Dopo l'epoca feudale e comunale è mestieri dividere la storia del diritto amministrativo per le diverse nazioni e Stati, perchè in questa parte del diritto, più che nelle altre, spicca e si sente più viva l'influenza del carattere, dello spirito, delle condizioni proprie della nazione.

La Francia, da cui noi derivammo la generalità delle nostre istituzioni amministrative, benchè sino al principio di questo secolo non ci offra un complesso razionale di diritto amministrativo, tuttavia spiegò assai per tempo tendenza al sistema e all'unità (1) ed ebbe anche distinte e ordinate un'amministrazione provinciale ed una centrale, portata dalla riunione delle varie provincie alla Corona, dai loro stati provinciali o generali, dalle loro franchigie o privilegi, dall'azione amministrativa dei parlamenti e del consiglio di Stato e della corte de' conti.

Dal XV al XVII secolo si fecero in Francia varii tentativi per riformare, ordinare e quasi codificare tutte le leggi giudiziarie, finanziarie, amministrative. Tale fu (per non parlare di alcuni saggi precedenti del secolo XII, XIII e XIV diretti a fondare almeno un centro di contabilità amministrativa) l'ordinanza del 25 maggio 1413, promossa dall'università e dal corpo della città di Parigi,

(1) Laferrière, Introd. xviii e segg. e *Histoire du droit*, t. iv.

sotto Carlo VI, che trattava del demanio e delle finanze, delle monete, dei sussidi, della camera de' conti, della corte di parlamento, della giustizia ossia de' prevosti, balivi, siniscalchi e altri giudici, della cancelleria e del gran consiglio, delle acque e foreste, della forza armata. Vi si notava, quanto a riforme, il divieto della venalità degli uffici e la massima del sindacato amministrativo dei balivi e siniscalchi. Tale fu pure la dichiarazione di Luigi XI del 21 ottobre 1467, ove si trova menzionata la inamovibilità de' magistrati; l'ordinanza di Luigi XII del 1498 che voleva istituire un *Libro delle ordinanze;* le riforme del cancelliere dell'Hôpital dal 1560 al 1568; il voto degli stati generali di Blois del 1576 per la revisione e compilazione unica delle ordinanze, onde poi uscì la raccolta delle ordinanze del 1580 per Fontanon e Pitou; il codice di Enrico III del 1587 per Brisson, a imitazione, quanto alla forma, del codice Teodosiano; il codice di Enrico IV, modellato sul predetto, ma cogli studi e i lavori suppletivi di Charondas, rimasto però allo stato di progetto. Sono poi tutto un sistema di riforme le ordinanze di Luigi XIV e di Colbert, i quali ebbero in mente il pensiero di un codice, reso però impossibile dalle differenze politiche e amministrative della Francia e dai privilegi dei parlamenti, il cui diritto di far rimostranza alla registrazione degli editti Luigi XIV abolì, ma ristabilì il suo successore.

Si aveva dunque in Francia sotto l'antica monarchia un sistema d'amministrazione municipale, provinciale, centrale; si avea l'idea d'una codificazione delle leggi finanziarie ed amministrative, di una distinzione abbastanza chiara, sin dal secolo XV, al dire di Dupin, delle attribuzioni giudiziarie ed amministrative, si aveva perfino una procedura e una giurisprudenza amministrativa prodotta specialmente dal consiglio di Stato (1). Non si aveva però nè vera unità nè uniformità amministrativa per tutto il regno, nè scienza del diritto amministrativo.

A conseguire questo effetto era mestieri che la Francia, dopo avere per la sua monarchia acquistato la unità politica, raggiungesse eziandio l'unità amministrativa. Era d'uopo inoltre che sorgessero concetti filosofici come quelli della libertà, della eguaglianza de' cittadini e de' diritti razionali dello Stato, che infondessero spi-

(1) DUPIN, *Thémis ou bibliothèque du juriscons.*, tom. v, pag. 405, 406. Bruxelles, 1824.

rito scientifico nel vasto e difforme corpo delle istituzioni amministrative. La Costituente, sotto l'impulso della Rivoluzione, proclamò il principio della unità e della libertà nell'ordine amministrativo come nel politico e nel civile, proclamò la distinzione e la indipendenza de' due rami, giudiziario e amministrativo. Ma non instaurò a dovere nè il principio di libertà, distribuendo in divisioni tutte artificiali la Francia, nè quello della unità collocando la suprema autorità amministrativa in corpi collettivi (i direttorii), e sopprimendo i grandi centri competenti, cioè il consiglio di Stato e la corte dei conti. Il primo console, colla costituzione dell'anno VIII, restaurò il sistema dell'accentramento, ristabilendo il consiglio di Stato su larga base e con attribuzioni legislative, politiche, giudiziarie, amministrative e la corte de' conti mediante legge del 1807, con facoltà sovrana di esame sulle cauzioni e di riscontro sugli atti del potere, attribuzioni che ridusse e scemò la Carta del 1814 col togliere le attribuzioni politiche e legislative ed estendere quelle di riscontro, di consultazione e di giurisdizione. L'ordinanza del 1828 sui conflitti coronò questo sistema. La rivoluzione del 1830 e la monarchia del luglio, cioè la Carta del 1830 e le leggi del 1831, 1833, 1837, 1838, ripresero e continuarono l'opera accentrativa della Costituente e del Consolato e aggiunsero l'elemento elettivo alle istituzioni de' corpi municipali e dipartimentali. La costituzione del 1848, le leggi del 1852, del 1870 e 1872 ed altre non hanno arrecato al sistema amministrativo francese che parziali riforme di cui si vedrà a suo luogo.

Colle riforme legislative del finire del secolo XVIII e del cominciare del XIX si creò lo spirito sistematico e scientifico in Francia. Questo fu dapprima però rivolto solamente alla raccolta più o meno ordinata e metodica della giurisprudenza del consiglio di Stato. Tale fu il concetto dell'opera del Macarel, consigliere di Stato, *Éléments de jurisprudence administrative*, pubblicata nel 1818, a cui tenne dietro il *Corso di diritto amministrativo*. Il quale, diviso in tre parti: organizzazione, materie, procedura, fu il tipo cui s'improntarono le più comuni partizioni del diritto amministrativo in Francia e fuori. Son pure dalla giurisprudenza del consiglio di Stato, ma forse con minor sintesi scientifica, dedotte le opere del Cormenin, quasi della stessa epoca, cioè le *Questioni* e il *Corso*, lavori però ove il diritto amministrativo è considerato interamente dall'aspetto dei rapporti fra i privati e la pubblica

amministrazione, ossia del contenzioso amministrativo. Più vasto e comprensivo è il concetto delle opere del De Gerando *(Programma,* anno 1819 e *Istituzioni,* anno 1845), che abbraccia, oltre le materie della pubblica amministrazione, propriamente detta, anche quelle dei pubblici stabilimenti e istituzioni amministrative volontarie poste sotto la protezione governativa, p. es., i monti di pietà, le società anonime, le casse di risparmio. Tra le opere più reputate è il *Corso del diritto pubblico e amministrativo* del Laferrière, che contiene un quadro completo delle materie amministrative, guardate però più dall'aspetto positivo che dal razionale e ordinato prima sul concetto territoriale colla distinzione dell'amministrazione in generale e locale, quindi sull'elemento subordinato dello scopo, distinto ne' due rami: *conservazione* e *perfezionamento.*

Egregi autori del diritto amministrativo francese sono pure il Trolley (1845-1855), il Serrigny, il Cabantous, lo Chauvau i quali ordinano la scienza dal punto di vista delle diverse qualità dei funzionari amministrativi, classificandoli in agenti unici, consigli complessivi, consigli giudicanti o tribunali. Aggiungasi il Pradier Foderé *(Précis,* 1867), il Ducrocq *(Cours,* 1868), il Dufour *(Traité,* 1868-1870), il Batbie *(Traité théorique et pratique,* 1862-1868), che divide il suo *Trattato* in amministrazione e diritto amministrativo strettamente preso (distinzione anche avvertita dal De Gerando e dal Laferrière), e questo suddivide come il diritto privato in persone, cose, modi d'acquisto e competenza, intendendo per modi di acquisto le imposte e le espropriazioni per causa d'utilità pubblica. Sono poi da considerare i lavori recenti del Leroy Beaulieu sull'amministrazione locale in Francia e in Inghilterra (Parigi, 1874).

Affine al sistema francese è la letteratura del diritto amministrativo in Belgio, Spagna e Italia. Nel Belgio tiene un posto distintissimo l'opera del De Fooz (1858-1866), che concepisce il diritto amministrativo come il corpo delle leggi ordinanti e dirigenti l'azione amministrativa e svolge, con sistema pratico, le materie nell'ordine seguente: autorità, proprietà dello Stato, ordine o polizia, istituzioni locali, miniere. Recentissimo e lodato è poi il *Corso di diritto pubblico amministrativo* del Giron.

In Inghilterra il diritto amministrativo, pari a ogni altro ramo, è tutto tradizionale e storico, quindi nessuna opera scientifica e nemmeno metodica v'era da cercare ad eccezione del Blackstone, che tratta delle istituzioni amministrative in complesso colle leggi

civili e penali. Tuttavia se non v'ha propriamente scienza, v'ha però un diritto amministrativo inglese intorno al quale abbondano opere, ma tutte di stranieri (come il Gneist, il Fischel, il Manfrin, il Leroy Beaulieu), volti a ricercare negli istituti di quel paese il segreto della sua potenza e della sua ricchezza (1).

In Germania non ha che recentemente il diritto amministrativo raggiunto il grado di svolgimento cui toccarono le altre parti del diritto privato e pubblico: causa forse la mancanza d'unità politica e amministrativa sino a questi ultimi tempi. L'Impero, mera rappresentanza storica e ideale, la Confederazione renana, troppo passeggiera, erano impotenti a fondare un diritto amministrativo propriamente detto. La Confederazione germanica, che creò un vincolo più stretto e più durevole a' diversi Stati che la componevano, potè dar vita a un diritto pubblico tedesco sia comune della Confederazione, sia particolare interno di ciascuno Stato (2). È in questo periodo che si agita e svolge nelle opere dei pubblicisti tedeschi principalmente la dottrina dello Stato sulle basi filosofiche. Ma il diritto amministrativo, come legge e come scienza, ha incominciato ora dopo la unificazione politica amministrativa colla costituzione del 1870 il suo periodo di progresso, che procede ordinato sulla triplice base dell'elemento filosofico, storico e legislativo. Il pregio di questa letteratura è sempre quello di una larga comprensione del subbietto, specialmente sul campo del diritto pubblico, di un'elaborata costruzione tecnica e scientifica e di quel metodo d'indagine e di esposizione per cui le idee e i rapporti giuridici sono elevati a istituti, quasi personalità aventi propria fisionomia e movimento. Sono da studiare i lavori del Gneist (3), dello Stein (4), del Gierke (5), il Mayer (6), il Zachariæ (7), il Sarvey (8),

---

(1) Vedere anche il BRYCE, *The american commonwhealth*, London, 1888, e il BAGEHOT, *The english constitution*, London, 1872.

(2) Vedi il DE MOHL, opera citata, e l'AHRENS, *Encicl.*, II, 4 e BLUNTSCHLI.

(3) *Der Rechtsstaat*, Berlin, 1879, trad. da Artom. Bologna, 1884. *Das Englisch Verwaltungsrecht; zur Verwaltungsreform und Verwaltungsrechtpflege in Preussen*. Leipzig, 1880.

(4) *Verwaltungslehre*. Stuttgard, 1869.

(5) *Das deut. Genossenschaftsrecht*. Berlin, 1868.

(6) *Grundsätze, Das Verwaltungsrecht*. Tübingen, 1862.

(7) *Deut. Staats und Bundesrecht*. Göttingen, 1865.

(8) *Allgem. Verwaltungsrecht*. Freiburg, 1884.

il Leband (1), il Meyer (2), il Rönne (3), il Mohl (4), il Gerber (5), lo Smitt (6).

Venendo ora alla nostra Italia, è facile il comprendere come la divisione del paese in Stati piccoli e deboli, e il difetto di nazionalità in alcune sue parti, rendesse impossibile la formazione di un diritto amministrativo italiano. Ciò non impedì peraltro una certa cultura e letteratura di materie amministrative giuridiche ne' varii Stati, nella massima parte conforme alla dottrina francese. Fatta l'unità politica, si presentò la quistione se ad essa dovesse corrispondere la unificazione amministrativa, ovvero anzi un vasto sistema di *decentramento,* ossia di libertà e franchigie locali che rispettasse le tradizioni e le consuetudini storiche. Negli uomini politici italiani prevalse il primo concetto, che parve raccomandato dalle esigenze politiche della unità nazionale e statuale. Ma non appena scorso questo primo periodo, il problema e il bisogno di maggior autonomia locale ritornò. Quanto alle istituzioni dell'amministrazione centrale, il sistema di egemonia seguito nella istaurazione del regno portò di necessità l'applicazione de' sistemi francesi, adottati già nella legislazione sarda, ma che ora si vanno modificando sotto l'influenza delle idee e delle tradizioni nazionali e sotto quella della opportunità locale. Esempi di tali riforme sono il contenzioso abolito, i conflitti riformati, la giustizia amministrativa, il nuovo diritto pubblico ecclesiastico, le riforme elettorali amministrative, la riforma del sistema comunale.

La scienza poi del diritto amministrativo surse in Italia, prima che in Francia, per opera del Romagnosi che pubblicò, sin dal 1814, i suoi *Principii fondamentali di diritto amministrativo;* sistema di dottrina assai vasto che abbraccia tutta la scienza giuridica ed economica o di governo e tocca ad altri rami di legislazione, come si intende dalla sua partizione in cinque momenti o aspetti, cioè: principii razionali, forme, legge positiva, economia civica, competenza.

---

(1) *Staatsrecht des d. Reiches.* Tübingen, 1876.
(2) *Lehrbuch des d. Verwaltungslehre.* Leipzig, 1884.
(3) *Staatsrecht der preuss. Monarchie.* Leipzig, 1884.
(4) *Encicl. der Staatswissenschaften.* Tübingen, 1872.
(5) *Grundzüge der Staatsrechts.* Leipzig, 1880.
(6) *Die grundlagen der Verwaltungsrechtspflege.* Stuttgart, 1878.

Dopo il Romagnosi chi più infuse a questo studio virtù e forme di scienza, e del Romagnosi stesso riuscì più pratico ed efficace, fu Giovanni Manna di Napoli coi suoi *Principii* e colle sue *Partizioni* del diritto amministrativo. Dove, risalendo alla essenza dello Stato e del suo ufficio, ritrova in un concetto supremo e regolatore l'idea e la classificazione dell'amministrazione e del diritto amministrativo, riponendola nella triplice forza concentrativa, diffusiva, conservativa, onde pure la triplice partizione dell'azione amministrativa, e conseguentemente del diritto che la riguarda, in amministrazione di Stato, civile, contenziosa (1).

Oltre al Manna, ha merito e fama d'autore della scienza nostra il Rocco. Anche negli altri Stati italiani non difettavano scrittori pratici di diritto amministrativo, come il Lorenzoni nel Lombardo-Veneto, il Leoni negli Stati Sardi. Ma dopo l'unificazione incomincia una schiera eletta di professori e autori, quali a Torino il Garelli, a Genova il Boccardo, a Pisa e Pavia il De Gioannis Gianquinto, il Ferraris, a Roma il Saredo, a Napoli il Persico, a Pisa lo Scolari, a Palermo l'Orlando: i cui lavori tutti sono commendevoli per la saggia proporzione fra l'elemento razionale e positivo, e dove la filosofia, la storia, la critica, tutto contribuisce a sollevare questa dottrina alla vera dignità di scienza. Che, se queste opere nell'abbondanza e nella classificazione della parte legislativa non adeguano le ordinate e laboriose compilazioni francesi, le vincono però nella parte critica e nella scientifica. Alla quale, se un aumento è desiderabile ed un progresso nella letteratura della scienza, quello ci sembra essere che consista nelle applicazioni e negli svolgimenti di stretto ordine giuridico. A tale ufficio provvidero poi le opere di Giuseppe Mantellini: *I conflitti* e *Lo Stato e il codice civile,* ampi trattati, se non sistemi, di diritto civile amministrativo, ove la giornaliera produzione legislativa si tenta rannodare alle tradizioni antiche ed è saggiamente illustrata cogli esempi della giurisprudenza pratica.

---

(1) Vedi l'opera del Manna eruditamente illustrata e svolta dal Telesio e dal Ciancaglini. Napoli, Iovene, 1876, 1878.

## CAPO V.

## Fonti del diritto amministrativo.

Venendo alle *fonti* della scienza, le fonti del diritto amministrativo sono i documenti e le manifestazioni reali di questo diritto. Sono quindi, come nel diritto privato, nè diverse possono essere, altre dottrinali e mediate, altre legislative o immediate. E tutte si riducono a tre: consuetudine, dottrina, legge. La consuetudine, abolita nel diritto civile (art. 3 disp. prel. del cod. civ.) come fonte particolare di diritto, non potrebbe essere invocata ora nel nostro sistema legislativo, se non quando la legge vi si richiamasse, di che può citarsi ad esempio l'art. 2 del codice civile. Può sempre servire però come mezzo e autorità d'interpretazione del diritto dubbio. Noi crediamo inoltre che possa aver vigore anche di regola amministrativa oltrechè nell'amministrazione internazionale, anche nell'amministrazione interna e regolamentare. Gl'istituti e regolamenti amministrativi storici e non più in vigore possono invocarsi come consuetudine (1).

Anche la scienza con tutta la parte razionale e filosofica e coi principii generali del diritto, colle analogie e colle teorie, non può concorrere che come fonte suppletiva e ausiliare. Le sue manifestazioni sono le opere dei giureconsulti e de' pubblicisti. Ad essi però vogliono aggiungersi, nelle varie materie, le *relazioni* sulle varie leggi amministrative fatte dai ministri e dalle commissioni parlamentari, nelle quali relazioni si traccia per lo più la storia del punto di diritto e si riferisce ancora lo stato della scienza sovra il medesimo. Egualmente vuole aggiungersi alle fonti dottrinali quella che dicesi (con vocabolo certamente improprio) la *giurisprudenza*, cioè a dire la dottrina o interpretazione forense, che si ha nelle decisioni delle corti giudiziarie e de' magistrati amministrativi, come il consiglio di Stato, la corte dei conti, i consigli di leva ed altri magistrati giudicanti ciascuno nelle materie di sua competenza.

Nè è da dimenticare che come alla scienza del diritto amministrativo sono ausiliari il diritto civile principalmente, il costitu-

(1) V. LONGO, *La consuetudine nel dir. pubbl.*

zionale, l'economia politica, la statistica, la filosofia del diritto, così alle diverse letterature di queste bisogna attingere le teorie che servono al diritto amministrativo.

I fonti legislativi poi si hanno nello statuto del Regno, nelle leggi civili, nelle leggi amministrative, e quindi nei regolamenti e ne' varii atti amministrativi entro i limiti e secondo le competenze che si diranno quando si parlerà degli atti amministrativi e della loro efficacia.

## CAPO VI.

## La codificazione del diritto amministrativo.

A questo punto incontrasi la quistione della possibilità di codificare le leggi amministrative. Avvi una scuola che combatte ogni codice, persino di leggi civili, ed è la scuola storica tedesca, autore il Savigny. V'ha chi, pure ammettendo la codificazione in materia civile, la nega nell'amministrativa, per la vastità, varietà e instabilità sua, come il Rocco, il Carmignani, il De Gioannis (1). Sonovi infine autori che ammettono la possibilità e difendono la opportunità di un codice amministrativo, riducendolo a quella parte sola di materie che tocca i fondamenti morali delle leggi amministrative, i rapporti di diritto fra l'amministrazione e i privati, spogliandolo di tutta la parte tecnica e regolamentare fondata sul solo elemento della utilità e della opportunità e rimessa alla libera azione del potere, concetto che risponde a quello del prof. Batbie di un diritto amministrativo strettamente inteso (2).

Noi già dicemmo come crediamo non solò possibile, ma opportuno e necessario alla scienza il distinguere due elementi o parti della legislazione amministrativa, cioè l'elemento giuridico e il tecnico. Però, se la divisione sia possibile nel contenuto stesso e se possa farsi in un lavoro non scientifico mà legislativo, è più ardua quistione. Non è certamente per noi l'abbondanza della ma-

---

(1) Vedi Scolari, *Fondam. di diritto amm.*

(2) De Gerando, *Instit. de dr. adm.;* Bonnin, *Princ. d'adm. publ.*, vol. III; Tango, *Pensieri intorno ad un cod. amm.* (*Arch. giur.*, t. IV, pag. 339); Solon, che ne redigette uno schema. V. De Gioannis, *Corso*, I.

teria e la varietà l'ostacolo principale a questa separazione. Neppure è da dubitare che essa sarebbe per tornare utile alla giustizia amministrativa e all'amministrazione stessa. Ne guadagnerebbe la stabilità, la certezza del diritto, la comodità, l'educazione popolare in questo ramo di vita giuridica. Immenso poi sarebbe il vantaggio di segregare l'amministrazione dall'influenza politica che ora la domina e la corrompe. Ma la difficoltà principale risiede nella stessa connessione tra i due elementi, che agiscono e reagiscono molte volte l'un sull'altro e che quindi la sola analisi scientifica può discernere. Se lo scopo del codice amministrativo, come quello di ogni codice, dovrebbe essere appunto la certezza e la stabilità del diritto, sarebbe a temersi che, mutando quel dato positivo che dà forma e spirito a un'istituzione e variando così l'applicazione intera del principio di giustizia, si dovesse o sacrificare alla stabilità del codice la opportunità e utilità pubblica di un cambiamento o viceversa immolare a questa la stabilità e la simmetria del codice. D'altronde sarebbe egli agevol cosa di prescindere nel codice stesso dalle forme, dall'organismo, dalle competenze di un'istituzione amministrativa e così da quella parte tecnica, politica e variabile?

Senza dunque negare a priori la possibilità, noi ci limitiamo a constatare che il diritto amministrativo non ha ancora raggiunto quel grado di maturità e di svolgimento che è necessario o per tentare una codificazione o per dimostrarla impossibile.

## CAPO VII.

## Del metodo e della partizione del diritto amministrativo.

Una quistione assai connessa alla precedente e di capitale importanza per l'organismo e il progresso della scienza nostra si è quella della sua miglior *partizione* metodica.

I principali sistemi possono classificarsi come segue:

1. Il sistema che prende a fondamento della distinzione gli elementi dell'azione sociale: soggetto, oggetto, forme. A questo si riduce la distinzione del Macarel che divide la trattazione del diritto amministrativo in organizzazione, materie, procedura; quello del Pradier-Foderé che lo distingue in autorità, contenzioso, leggi

o materie amministrative; del Dufour che lo classifica in due parti: autorità colle forme dei loro atti, e materie: quello del Garelli che lo separa in persone e materie; quello del Persico il quale però con suddistinzione prettamente scientifica suddistingue le materie e scopi dell'azione in *proprietà, tutele, amministrazione sociale.*

2. Il sistema che toglie il criterio di partizione dal campo ove l'azione amministrativa si esercita, cioè il territorio e la popolazione, innestandovi eziandio quello degli scopi. A questo si riferisce il metodo del Laferrière che, premessa la parte dell'organizzazione nel ramo del diritto pubblico costituzionale, venendo al diritto amministrativo, lo distingue in *due* parti, amministrazione centrale ed amministrazione locale, a cui aggiunge poi una terza parte di amministrazione *contenziosa,* come *modo* di azione amministrativa che si contrappone all'amministrazione detta *attiva.* Suddivide poi l'amministrazione centrale secondo il concetto dello *scopo* in azione di *conservazione* e azione di *perfezionamento:* suddivisione che non applica poi all'amministrazione locale perchè non lo crede necessario alla semplicità e alla chiarezza.

Non molto dissimile da questa è la divisione del Ducrocq in autorità, leggi, organamento dello Stato, dipartimenti, comuni, dove però, a differenza del sistema di Laferrière, il criterio della territorialità è subordinato a quello degli elementi.

3. Il sistema che, affissandosi sul concetto della gerarchia o degli istituti amministrativi, classifica la materia del diritto amministrativo secondo le diverse qualità degli agenti amministrativi e il modo dell'azione loro in agenti unici o attivi, agenti collegiali consultivi, collegi o tribunali giudicanti. Tale è il sistema del Serrigny, del Trolley, del Cabantous, dello Chavau.

4. Il sistema che s'informa alla partizione romana tolta dagli elementi stessi del diritto privato, seguita poi dai codici moderni, e che, eliminato prima dal diritto amministrativo *stricto sensu* l'elemento tecnico, non vede in esso che persone, cose e modi di acquisto, ovvero persone, cose ed azioni. La prima di tali due specie di *partizioni* ha per fautore principale il Batbie, il quale considera per modi di acquisto le *imposte*: la seconda è seguita dal Colmero, il quale per *azioni* intende la *giurisdizione* amministrativa, come altri intendono gli obblighi.

5. Il sistema misto, sulla base degli elementi, della territorialità e degli scopi. Tale è quello del De Gioannis che, fondata la di-

stinzione romana, presa dagli elementi, in persone, cose, ed azioni, intende per la prima parte la gerarchia, ovverosia organizzazione, quella suddividendo in amministrazione centrale e locale: per cose, gl'interessi stessi o scopi, che suddivide in interessi di conservazione e di perfezionamento, e finalmente per azioni intende la giurisdizione graziosa o contenziosa.

Ora è chiaro che il terzo sistema, che riduce la partizione alla qualità degli agenti amministrativi e alle varie forme della loro azione, è criterio troppo esclusivo e troppo esteriore. La partizione romana e de' codici, rigorosamente intesa, non ci sembra applicabile all'indole speciale del diritto amministrativo, come è al diritto in genere; molto meno ci sembra comoda per una partizione legislativa. Nel diritto amministrativo v'hanno certamente gli elementi connaturali ad ogni diritto, persone o soggetti, cose od oggetti, atti o rapporti personali e loro forme tutelari. E può dirsi di esso diritto quello che del diritto in genere: *omne jus vel ad personas pertinet, vel ad res vel ad actiones.* Ma oltre a dire, come osserva il De Gioannis, che l'elemento *persona* principale in diritto romano e civile, come quello *cujus gratia omne jus constitutum est,* diviene accessorio e mezzo nel diritto pubblico esecutivo, e, si potrebbe aggiungere, cambia anzi del tutto il significato e la categoria logica in tale applicazione: si osserva inoltre che la partizione del codice civile in persone, cose, modi di acquisto, la quale più non risponde a quella romana, specialmente nel terzo membro (1), è molto meno acconcia ad esprimere il concetto del diritto amministrativo e riassumerne le parti essenziali, subordinando essa tutto all'idea di proprietà e di acquisto della proprietà, idea che non costituisce punto la essenza nè il carattere del diritto amministrativo. Si inferisce quindi che non sia applicabile al diritto amministrativo la partizione del diritto privato o civile, altro che per analogia.

Più connaturale, come all'essenza, così alla partizione del diritto amministrativo si presenta l'idea dello scopo speciale. Il quale volontario e libero nel diritto privato è necessario e determinato nel pubblico. Come lo Stato esiste per lo scopo d'interesse generale, e l'azione amministrativa s'informa tutta a quello, così la regola sua che è il diritto amministrativo deve determinarsi nelle deter-

(1) Vedi il citato *Sist. elem.*, c. 24.

minazioni dello scopo istesso. Le idee stesse di personalità pubbliche e di proprietà e di modi di acquisto, che sono importanti nel diritto civile, diventano, nel diritto amministrativo, serve e ministre allo scopo: onde potranno al più pigliar parte nella sua partizione come *mezzi* al fine o come obbietti dell'azione sociale. Tolta a base del diritto amministrativo l'idea romana o de' codici, ne risulta la partizione come illogica così difforme e sproporzionata. Il trattato del demanio, delle servitù pubbliche e delle strade, al quale si ridurrebbe tutta la parte *reale* del diritto amministrativo, non risponderebbe per importanza a tutto il resto. Nè certo vi si troverebbe luogo per le imposte se non facendo violenza al concetto, come violenza è pure riferirle a' modi di acquisto, secondochè fa il Batbie. Gl'interessi morali poi non vi avrebbero posto che sotto l'aspetto di diritti *personali* dell'amministrazione, cioè un aspetto tolto a prestito e a disagio.

Molto, a nostro vedere, dipende la lite dal modo di concepire il diritto amministrativo e dalla estensione larga o stretta che gli si dà. Concepito nel modo vasto di regola dell'amministrazione, vi predomina il concetto utilitario dello scopo. Nel modo stretto di rapporti fra l'amministrazione e i privati, vi prevale il concetto di libertà e di proprietà. Nel primo è più logica e vera la partizione del primo sistema, nel secondo la partizione del quarto sistema. Ma siccome nella trattazione del diritto amministrativo è impossibile praticamente, e sopra lo avvertimmo, prescindere dall'elemento tecnico e positivo, e sovente la stessa parte giuridica sorge non dal puro fondamento morale della libertà, ma dal concetto della utilità razionale, per esempio la tutela della sicurezza, gli obblighi sociali della istruzione, gli obblighi militari; così ci pare che la partizione presa dagli scopi sia più comprensiva.

Nè poi è da trasandare che è più pratica, più rispondente al fatto dell'amministrazione, vantaggio non trascurabile sinchè sia possibile di conciliarlo con quello della scienza.

Resta a vedere se nella partizione debba entrare il criterio della territorialità e in qual proporzione.

Che debba entrarvi il criterio della territorialità, ci sembra innegabile. Esso è reclamato non solamente dalla natura della materia e del contenuto, ma dal principio stesso dello scopo, avvegnachè, questo essendo l'interesse pubblico, si biparte com'esso in generale o centrale, e particolare o locale. Ma in qual ragione debba en-

trarvi, è più malagevole quistione: se cioè debba essere assunto come principale criterio al modo che fa il Laferrière, o invece come solamente subalterno secondochè fanno il Ducrocq e il De Gioannis.

Anche in tale quistione v'ha contrapposto fra la ragione logica e la ragione pratica. Quella richiede la prevalenza degli elementi e delle qualità intrinseche degli scopi, questa dell'elemento esterno o sfera d'azione, cioè della territorialità; perocchè da un lato l'accidentalità del territorio non cambia la natura dell'interesse pubblico, e dall'altro la riunione in gruppi delle conoscenze giuridico-amministrative secondo le varie amministrazioni e società più si presta allo speciale bisogno di cultura che può avere lo studioso dell'uno o dell'altro gruppo.

Certo inconvenienti sono inevitabili e nell'uno e nell'altro sistema, poichè il primo obbliga a ripetère sotto ogni interesse o servigio la distinzione territoriale, il secondo obbliga a ripetere sotto ogni circoscrizione gl'interessi e gli scopi. Noi però, riflettendo che più minuto e più frastagliato riesce il primo sistema che il secondo: che le differenze territoriali portano seco ancora un carattere storico e in parte scientifico spiccato, oltre la comodità più grande: che allo screzio logico può ripararsi con trattare insieme quello che è indivisibile in una parte generale e alla integrità della trattazione e insieme ad evitare ripetizioni può provvedersi con opportuni richiami; ci risolviamo a dare la preferenza al criterio della territorialità. Nel che ci discostiamo dal quinto sistema, seguito dal De Gioannis, perchè non ci sembra opportuno di circoscrivere la distinzione territoriale alla sola prima parte o al solo primo elemento soggettivo, anzichè estenderlo all'elemento delle cose e degli interessi. Quanto alla terza parte poi, logico nel sistema e co' principii adottati da alcuni autori e segnatamente dal De Gioannis, il trattato di una giurisdizione amministrativa diviene estraneo nel sistema di chi non l'ammette in principio. La questione, che sempre ne rimane sul campo scientifico ed anche costituzionale, trova il suo natural posto, come già si notò, nel trattato generale de' poteri e de' limiti dell'azione amministrativa. Del chiamare poi cose gl'interessi pubblici non facciamo addebito ad alcuno, per conservare quanto è possibile l'analogia colla partizione civile.

Muovendo adunque dal concetto del diritto amministrativo come regola dell'amministrazione, e dal rapporto giuridico i cui elementi

sono fondamento, soggetto, oggetto, presi qui da noi per quanto possono essere applicabili al diritto amministrativo, noi, premesse, come facemmo, le nozioni preliminari, potremo in un ordine comprensivo, comodo, e abbastanza anche scientifico abbracciarne la materia, dividendo la trattazione in una parte generale ed una speciale.

La parte generale svolgeremo nei principii e fondamenti, indi nei fattori complessi dell'azione amministrativa, cioè soggetti, oggetti o scopi, e forme. Avrà quindi quattro sezioni. Nella prima si tratterà de' principii e fondamenti; nella seconda della parte soggettiva del diritto, cioè de' subbietti o persone, ovverosia dell'organismo amministrativo. La terza sarà della parte oggettiva del diritto, cioè delle materie od obbietti dell'azione amministrativa, ripartiti in due titoli, nel primo dei quali si parlerà dell'azione amministrativa in ordine agli obbietti aventi ragione di mezzi, ossia della proprietà, servitù, privilegi pubblici; nel secondo si tratterà dell'azione amministrativa in ordine agli oggetti aventi ragione di fine, suddistinguendoli in due capi, cioè in fini di conservazione e in fini di perfezionamento. La quarta sezione della parte generale tratterà delle forme amministrative.

La parte speciale abbraccierà in una prima sezione l'amministrazione centrale colle suddivisioni de' subbietti ed oggetti; in una seconda l'amministrazione locale, colle suddivisioni e ripartizioni richieste dalle varie sue specie e materie senza che le suddivisioni acquistino però entità spiccata più di quello che la quantità e la complessità assai minore del contenuto in questa sezione dell'amministrazione locale il comporti.

Il metodo che noi terremo nello svolgimento di queste materie sarà quello che è tracciato dai principii sopra esposti. Senza trascurare la parte tecnica per quanto si richiede a dare degl'istituti l'idea abbastanza adeguata, ma trascurando i particolari di tutta la parte regolamentare, noi ci volgeremo principalmente alla parte giuridica, studiando le applicazioni di diritto che sorgono in occasione de' fatti amministrativi. Risalendo ai principii della scienza del diritto in generale e delle scienze ausiliari e applicandoli ai fatti e alle leggi, procureremo congiungere, nella nostra trattazione, l'elemento filosofico allo storico, il critico al positivo, e serviremo non solo ad uno scopo puramente didattico, ma ancora pratico e forense.

---

# PARTE PRIMA O GENERALE

## SEZIONE PRIMA

## PRINCIPII E FONDAMENTI

### CAPO I.

### La nozione dello Stato.

Il diritto amministrativo è la norma che regola l'azione dello Stato per l'adempimento de' suoi fini. Come dunque non può intendersi l'azione, cioè l'esplicamento di una forza senza conoscerne l'intima energia, e quindi la natura del subbietto operante, così non può esservi trattazione, almeno razionale e scientifica, di diritto amministrativo nè di altra parte di pubblico diritto senza la indagine sulla natura e sulla forza dello Stato.

Al cospetto dell'arduo problema, cardine di tutta la scienza sociale, giuridica, politica, economica, e d'attorno a cui si travagliano le menti dei più gravi pensatori e pubblicisti, ora più che mai, in tutte le nazioni culte, e al quale si rivolgono eziandio le menti dei reggitori degli Stati e le discussioni de' Parlamenti, modeste sono le pretensioni di queste *Instituzioni*. Daranno un cenno storico della questione, le più accreditate soluzioni, un modesto suffragio.

Innanzi d'indagare che sia lo Stato secondo i preconcetti delle scuole e dei sistemi, cerchiamo quel che s'intenda nella coscienza comune (1); prima di cercar la definizione, cerchiamo il definito.

---

(1) Su questo principio di metodo insistemmo nel nostro *Sistema elementare del diritto*, introd. e cap. I.

È raro o non mai che i concetti morali s'intendano a un modo solo. Così dello Stato; ora s'intende in significato più largo, ora più ristretto. Lo Stato è florido, potente, colto: lo Stato fa le leggi e le fa eseguire; son ditterii dove l'idea *Stato* si presenta diversa. Nel primo è una società civile e politica determinata, con tutte le forze e sfere sociali per contenuto. Nel secondo è solo l'ordinamento gerarchico e politico della società stessa. Analizzando si trova che niuno dei due significati prescinde dai due elementi che sono: 1° popolo, *materia* o *contenuto;* 2° gerarchia e autorità, *forma.* Ma nel primo significato spicca il primo elemento, e solo presupposto è il secondo; nell'altro viceversa.

La più moderna concezione dello Stato è nel primo senso, cioè di popolo ordinato sotto la medesima autorità, sullo stesso territorio, colla stessa legge nel senso che fu detto da Cicerone: *populus est non omnis hominum cœtus quomodocumque congregatus, sed cœtus hominum juris fruendi et utilitatis comunione sociatus* (1), associazione d'uomini, cioè d'intelligenze e di volontà cospiranti al bene comune della vita; quindi la definizione dello Stato dovrebbe essere nel senso materiale « il popolo considerato come unità giuridica di uomini consociati in una determinata sede pel comun bene della vita e sotto una legge comune ».

Nel senso formale è l'ordinamento stesso giuridico della società l'insieme delle istituzioni, la gerarchia, la magistratura.

È nel primo senso che si presenta l'associazione pel comun bene, lo Stato unità, non semplice aggregato, e nemmeno semplice unione, ma composizione intima di parti aventi nesso con un centro e nesso tra loro vicendevole, nesso non solo accidentale, ma necessario e riflesso; unione non di corpi, ma di coscienze: parti che quindi formano non solo continuità e giusta posizione nè complessità fisica, ma un tutto *organico,* cioè avente una vita propria benchè risultante da quella delle parti che partecipano alla vita dell'intero e vivon di quella senza però abdicare la propria; che cooperano non già a questo o quel bene, ma *al bene,* cioè alla totalità dei beni, ossia de' fini della vita umana: ben inteso, in quanto un tale scopo è *giuridicamente* determinato.

Lo Stato per tal modo si distingue da' concetti affini: dal *popolo,* ossia dalla società civile, che ne è la materia; dal *governo*

(1) Cic., *De rep.*, 1, 1.

ossia gerarchia che ne è la forma; dalla *nazione* che è la stessa società quando all'organismo giuridico si congiunge medesimezza di condizioni *etnografiche*.

Lo Stato è concetto morale, quindi astratto o di rapporto perchè è il vario ridotto all'unità, e per afferrarlo nell'integrità sua bisogna dall'idea materiale e concreta del singolo ascendere alla pluralità determinata e circoscritta, dalla pluralità all'associazione semplice, da questa all'associazione complessa, e via da questa al concetto dell'unità organica e personale. L'organismo etico dello Stato, questo concetto non nuovo, ma così scientificamente elaborato massime dalla moderna scuola tedesca (1), non va certo inteso nel senso materiale nè fisiologico, ma morale e intelligibile, non però men vero. Benchè fisici e naturali siano gli elementi di cui si compone e i mezzi coi quali si raggiunge l'unità dello Stato, tuttavia la loro artificiale giuridica composizione ed azione e la comunanza di vita produce effetti reali: la coscienza, la fisionomia, il carattere, la moralità, la cultura comune, insomma la vita propria di un popolo e di uno Stato. Quindi gli aforismi che compendiano l'*idea* tipica dello Stato: lo Stato è l'uomo: lo Stato è l'umanità vivente: lo Stato è l'uomo in grande: espressioni che sotto una forma traslata esprimono una verità, che è la somiglianza delle potenze, funzioni e fasi statuali a quelle fisiologiche e umane, la partecipazione più o meno larga, più o meno intensa de' cittadini a uno stesso tipo di vita economica, morale, intellettuale e fisica, determinato dall'influenza del vincolo giuridico, partecipazione quindi tanto più larga e tanto più intensa quanto è più perfetto l'organismo giuridico dello Stato.

Abbiamo veduto il doppio significato della parola Stato, cioè il doppio aspetto ond'esso si concepisce; l'uno si direbbe lo Stato *materiale*, l'altro lo Stato *formale*. Nel primo senso si direbbe il popolo organizzato, nel secondo l'organizzazione del popolo. Ma non è inutile avvertire che il secondo intendimento riceve una suddistinzione. Imperocchè l'organizzazione di un popolo, che in altri termini è il *potere pubblico*, ora si prende in un senso generale di tutte le istituzioni che servono a curare gl'interessi pubblici, sia dell'intero, sia delle grandi parti dell'associazione: ora in un

(1) Vedi per tutti il TRENDELENBOURG, *Diritto nat.*, e il BLUNTSCHLI, *Diritto pubbl. univ.*

senso più particolare, cioè di quei soli ordini che mirano all'interesse pubblico di tutta intera l'associazione. Nel primo senso lo Stato include il comune, la provincia e le subalterne parti organiche, se ve ne abbia; nel secondo quello solo che si dice il *potere centrale* o *governo*. Da cio segue che la parola *Stato* risponde nelle volgari ed anche nelle scolastiche significazioni a tre concetti *fondamentalmente* identici, *modalmente* diversi e che si esprimono con nomi diversi: potere centrale, potere pubblico, popolo politicamente ordinato.

## CAPO II.

## I sistemi circa l'idea e il fine dello Stato.

L'antico concetto dell'associazione politica, cioè di un'autorità che comanda e di un popolo che obbedisce, o quello greco-romano di un popolo che si governa da sè, si è tradotto per le forze della storia e della scienza in una formula più comprensiva e più razionale: di un popolo che è formato e ordinato a unità giuridica. Sono sempre gli stessi due elementi, popolo, autorità, che variamente si contemperano nelle diverse fasi storiche. Ciò che genera la varietà è il diverso rapporto o la diversa *proporzione* di quegli elementi.

L'organizzazione è autorità. Il popolo è libertà, cioè attività libera. Come si contempera autorità e libertà nell'ordinamento dello Stato? Tale è la questione inesausta e prima ed ultima in tutta la scienza dello Stato e del diritto (1). Tale questione ora si concepisce come la questione del *concetto* dello Stato, ora de' *limiti*, ora del *fine*, ora anche dell'*origine razionale* dello Stato. L'uno o l'altro modo di comprenderla è aspetto vario di una questione in sostanza identica. Imperocchè lo Stato, ente logico, ente morale o di rapporti, cioè *istituzione*, prende la sua entità dalla forza e dal fine per cui esiste. Il concetto dello Stato non può esser definito se non nello scopo (2) che deve informarlo e determinarlo.

---

(1) Si può vedere la mia *Prolusione sul corso di enciclopedia giuridica*, anno 1871.

(2) Si può vedere il succit. *Sist. elem.*, cap. 7, *Lo scopo nel diritto*.

Non si disputa più lo Stato sia fine a sè (1) come in Grecia e Roma repubblicana, nè se esista pel Principe come in Oriente, come a Roma imperiale, come nell'Europa medioevale e dispotica. In questi sistemi non vi può essere un vero problema de' limiti dello Stato, perchè lo Stato è tutto e l'individuo è nulla, se non in quanto è parte dello Stato. V'è libertà tutt'al più *politica*, ma non *individuale* e *sociale*. Vi può essere una questione di limiti non fra Stato e individui, ma fra classe e classe, fra un membro e l'altro dello Stato, una questione di garanzie, di freni rispettivi, come quella del tribunato romano, ma non di scopo all'autorità e allo Stato. Il vero problema nasce col concetto e colla recuperata coscienza dell'individualità e della dignità umana, concetto che non sorge se non colla filosofia stoica, colla eguaglianza umana affermata dal cristianesimo e col germanismo. Anteriormente a questi fattori storici non v'era coordinazione de' due elementi: autorità e libertà, Stato e popolo, ma subordinazione completa. Ora invece si ammette che il Governo è pel popolo; diremo noi: l'autorità è per la libertà; non viceversa. Ma se si sa e si conviene che lo Stato è pel bene del popolo, sino a qual punto deve esso curare codesto bene? Tale la questione de' *limiti*, de' poteri e del *fine* dello Stato.

In una questione di *limiti* non ci è da meravigliare se vi siano sistemi di preponderanza e di equilibrio, ovvero opinioni eccessive, difettive, medie.

Prima (a tralasciare l'infanzia degli Stati) storicamente è la teoria del minimo, cioè della preponderanza dell'elemento *libertà* rappresentata dall'individuo, detta perciò *individualista*. Viene per reazione all'idea dello Stato onnipotente e per importazione germanica. La morale stoica avea già risvegliato, nella coscienza umana oppressa, il sentimento della propria forza morale e della sua dignità. Il cristianesimo, colle sue tradizioni di unità della specie, co' suoi dogmi di fratellanza degli uomini innanzi a Dio, rinforza quel sentimento dal lato religioso. Sopravvengono le invasioni germaniche colle loro istituzioni popolari e guerriere, coll'alto sentire della dignità dell'uomo, dell'onore, del coraggio, della fedeltà. Ma

(1) BLUNTSCHLI adopera questa formula, ma forse impropriamente e solo per distinguere il fine dello Stato dal fine di ogni individuo singolo, e per esprimere che lo Stato deve come ogni ente conservare se stesso. La formula è poi vera dello Stato materiale, non lo è dello Stato formale.

questi elementi sono impotenti singolarmente a costituire il sentimento di una vera coscienza e libertà dell'uomo come tale, figli come sono o di concetti religiosi e mistici, o di troppo esclusivi e particolari, anzi in un loro progressivo sviluppo conducono all'assoggettamento della libertà da un lato al dommatismo, dall'altro alla forza, generando e sostituendo all'antica preponderanza due nuove: la teocrazia e il feudalismo.

Al grande effetto della restaurazione della individualità morale e libera ci voleva l'opera della riflessione filosofica. Quest'opera è dovuta principalmente al Kant. Fu egli il restauratore, negli ordini del pensiero, della libertà psicologica. Il principio Kantiano, in tutto l'ordine morale e giuridico, è la libertà. Lo Stato stesso, l'autorità non è che per la libertà in quanto è condizione per la coesistenza delle libertà. Il criterio dunque dello Stato e del diritto per Kant è solo negativo: impedire quello che fatto universalmente impedirebbe la coesistenza: quindi obbietto dell'azione dello Stato non può essere che la tutela del diritto e la pace: tutto il rimanente è còmpito e sfera della libertà a cui si usurpa tutto quello che si dà allo Stato (1). Questa formola risponde a quella che Adamo Smith dettava nel campo economico, e significa astensione dello Stato, perocchè lo Stato non è che un male necessario per evitarne uno maggiore. E da questi poi un'intera pleiade di illustri economisti, sotto i nomi di scuola di *Manchester*, scuola *industriale*, scuola *liberale;* suo motto la formola di Gournay: *Laisser faire, laisser passer*.

A questa teoria si riducono, per figliazione storica o razionale, tutte le teorie dello Stato, come conservazione del diritto (2), come istituzione di sicurezza (3), come tutela dell'ordine o libertà esterna (4), come difesa de' nemici esterni ed interni, come istituzione della forza (5).

La critica di questa teoria è stata fatta da molti avversari e con diverse intenzioni. La restaurazione d'un ordine giuridico-politico

---

(1) KANT, *Metafisica del diritto*.

(2) *Cœtus plurium familiarum juris tuendi causa congregatus*. COCCEIO.

(3) LAMPREDI, PUFFENDORF, MARTINI, EGGER, BAUER, FICHTE; il quale ultimo ammette un'ingerenza economica come cauzione e necessità giuridica.

(4) SCHMALZ, *Dr. des gens europ.*, I, 1, Rotteck.

(5) HOBBES, *De cive*.

sulla base della libertà è idea splendida e profondamente scientifica. Chè questa libertà, lungi da essere nemica, è fattore principale dell'ordine, del bene, è verità feconda. La libertà è un diritto, è il primo de' diritti, è il diritto essenziale, la personalità (1), è la presunzione sovrana, che non bisogna di prova, che nel dubbio si afferma da sè e trionfa. Ma questo concetto fu esagerato: la libertà fu presa come fine non come facoltà, come forma astratta e senza il suo contenuto vivificatore che è il bene e senza la sua norma inseparabile che è la legge.

Dal concetto esagerato della libertà per la libertà, venne il concetto erroneo dello Stato e del diritto come ostacoli della libertà. Il diritto e lo Stato non sono concetti antitetici della libertà, ma armonici con essa, garanzia di essa. Lo Stato non è un male nessario, nè uno spauracchio, ma un fattore potentissimo del bene: esso forma parte dell'ordine etico e parte indivisibile. Quindi il suo còmpito non è sol negativo. Lo Stato non è solo un'istituzione di pubblica sicurezza, ma un'attività conservatrice a un tempo e perfezionatrice. La prova di tutto questo è nella coscienza universale, è nel concetto ideale suo. È anche nella storia (2), perchè questa ci mostra lo Stato costantemente inteso non solo a serbar l'ordine, ma a promuovere il bene, cioè al miglioramento e al progresso della società.

Inoltre l'azione *conservatrice* è logicamente e storicamente inseparabile dall'azione *perfezionatrice:* l'azione *negativa* inseparabile e non distinguibile sovente dalla *positiva,* perocchè nell'ordine morale è già osservato che quel che non si muove si corrompe.

L'idea negativa dello Stato e del diritto, cioè di condizione di coesistenza, sono concetti materiali e meccanici fondati sopra una necessità accidentale e transitoria, quindi spogliano il diritto e lo Stato d'ogni carattere *etico.*

Insomma la teoria della *libertà formale* e dell'*individualismo* parte da un concetto esagerato dalla libertà, induce a un concetto dello Stato che è in contraddizione alla storia e all'idea etica dello Stato, insufficiente non solo al fine ideale, ma al fine stesso che la teorica individualista gli assegna di tutela del diritto. Nè vale il dire che il fine sociale debba esser compiuto dalla spontanea coo-

(1) V. cit. *Sist. elem.*, cap. 5.
(2) Mill, *Princ. di econ. pol.*, t. v, c. 1.

perazione delle libertà, perocchè questa lascia sempre vuoti e difetti, cui non può sopperire o riparare se non la cooperazione legale, la quale poi è sola garanzia della grande legge di continuità che, curando il presente, prepara l'avvenire.

Il socialismo è la parola con cui si esprime il sistema economico-politico che esagera la forza dello Stato, come l'individualismo quella dell'individuo. Il primo suggerimento e la origine subbiettiva di un tale sistema viene dallo spettacolo doloroso delle piaghe sociali, principalmente della miseria delle classi lavoratrici e della iniqua ripartizione di compensi al merito e al lavoro. Alle quali cose se non provvede l'*organizzazione naturale*, provveda dunque, conclude, un'organizzazione artificiale. Questa è opera dello Stato; lo Stato deve dunque non solo rimuovere gli ostacoli, ma curare la vita, e non solo ausiliare e sorvegliare, ma dirigere allo scopo tutte le attività particolari. Lo Stato deve gerire e amministrare gl'interessi di tutti.

Son note le sue basi filosofiche. Dapprima, la sovranità del popolo, intesa nel senso *effettivo* e *diretto*. Quindi lo Stato è il popolo che si governa da sè. Immedesimato nel popolo, niente sfugge nella vita all'azione sua. Esso fattore e vittima del male, esso responsabile di tutto. Il modo come dee curare gl'interessi comuni è dato da un principio, quello dell'*eguaglianza* di tutti, intesa non già nel senso di eguaglianza astratta e specifica, ma concreta e integrale: non delle *personalità*, ma delle *persone;* quindi i beni, le ricompense, divisibili egualmente ed aritmeticamente fra i soci. Insomma ciò che riassume il socialismo sono le tre idee di Saint Simon: la sovranità del popolo per principio, la felicità del popolo per fine, l'uguaglianza assoluta per mezzo (1).

Forme del socialismo sono i varii modi escogitati per la distribuzione del lavoro sociale e degli utili, della quale son saggi le colonie di Roberto Owen, i falansteri di Fourier: gradazioni varie dal perfetto comunismo alle diverse ragioni di ripartizione dei prodotti e degli utili sociali (2). La cui ultima forma, rappresentata

---

(1) SAINT-SIMON, *Du sist. industr.*, ch. v, p. 332.

(2) V. la storia in REYBAUD, *Études sur les réformateurs contemporaines ou socialistes modernes*, e le opere di LASSALLE, CHARLES MARX, FOURIER, SAINT-SIMON, LOUIS BLANC. V. anche AHRENS, *Filosof. del diritto* e il nostro CUSUMANO, *Le scuole economiche della Germania*.

dal Marx e dal Lassalle, si riassume in questi concetti fondamentali: fornire agli associati le condizioni del lavoro e della sussistenza: per garantire la proprietà come effetto del lavoro, bisogna dare i mezzi e i modi di procacciarselo a tutti.

Come si vede, il socialismo riproduce la idea imperiale, autocratica dello Stato onnipotente e personale, partendo da principii diametralmente opposti, cioè non dell'assoluta volontà del Sovrano e dell'assoluta soggezione del popolo, ma da un concetto esagerato della sovranità del popolo e da un falso apprezzamento de' suoi bisogni e de' mezzi di soddisfarli. Nel concetto romano si concede troppo allo Stato, nel socialistico si esige troppo da lui. Ma il rovesciamento de' termini porta necessariamente che, identificandoli, il risultato ne sia il medesimo. Lo Stato è tutto, tanto nella idea del Principe-Stato, quanto nell'idea di uno Stato-Principe.

La fallacia dunque e l'assurdo del sistema si dimostra ne' principii, nelle conseguenze e queste guardate da un aspetto razionale, storico, pratico. Vediamolo prima nei principii.

La sovranità risiede nel popolo *fontalmente, non effettivamente.* La volontà del popolo, espressa o tacita, è il potere *costituente,* non *imperante.* La sovranità effettiva presuppone la volontà popolare già manifestata, non s'identifica con essa. Anche nella forma più pura e diretta la democrazia presuppone un'*organizzazione* e quindi una volontà nel popolo stesso che costituisca ed ordini la forma democratica. La sovranità sarebbe *fatta,* non *innata.* Quindi l'idea d'una sovranità effettiva ed immanente nel popolo è assurda in principio. Storicamente poi, può aversi e si ha sovranità senza neppure volontà popolare costituente che la preceda in modo espresso. Ciò non esclude, per verità, il principio che l'assenso popolare, almeno tacito, possa concepirsi come elemento giuridico legittimante la sovranità effettiva; ma prova tuttavia che questa sovranità può avere ed ha sede legittima fuori del popolo. Nè è da dire che quando la sovranità ha sede fuori del popolo, ve l'ha per delegazione del popolo. Imperocchè non potendo, nel senso vero e giuridico, delegarsi quel che non si ha, questo concetto di delegazione non può essere applicato ai rapporti del popolo costituente ed ordinante la sovranità se non in significato men proprio. Tuttociò a prescindere dalla impossibilità *pratica* della partecipazione immediata di un popolo numeroso al potere e a tutti gli atti della sovranità. Aggiungasi che sovranità è facoltà e potere eminentemente intellet-

tivo, quindi non conveniente a tutta la *massa*, come tale, ma ai soli forniti di capacità *speciale*, la cui determinazione è opera di un convegno precedente. Torna dunque che la sovranità effettiva non è innata, ma nata o fatta nel popolo.

Nè meno assurdo è l'altro concetto della eguaglianza assoluta. La eguaglianza tra uomini è sol nella *specie*, ossia nell'umanità astratta da tutte le ineguaglianze individuali, ma queste son vere quanto quella. Quindi la negazione delle ineguaglianze è la negazione della verità e della natura stessa identica e costante, perocchè questa non si *realizza* se non in quelle, onde il rispetto della ineguaglianza importa di necessità il rispetto delle ineguaglianze che ne sono le attuazioni (1). Ma la negazione della verità e della natura è errore ed assurdo e la violenza fatta ad essa colla legge e colla forza è tirannide. Quindi il socialismo radicale, nè più nè meno dell'impero e delle vecchie monarchie, è assurdo e tirannide.

Questo ne' concetti principi. Venendo alle conseguenze, lo Stato-società ripugna all'idea, alla storia, alla pratica dello Stato.

Lo Stato non è la sola energia sociale, ma è una delle energie; che anzi veramente non è neppure la prima, poichè presuppone la energia individuale e libera. Di più lo Stato si fa, l'energia individuale nasce. Quindi discende, non solo che la energia collettiva e legale, ch'è lo Stato, segue cronologicamente la energia singola e quella collettiva libera, ma che è ordinata ad essa come mezzo al fine, giacchè lo Stato, come istituzione, deve avere scopo fuori di sè, e questo non è che l'uomo o l'umanità, unica realtà fisica nel mondo sociale. D'altronde è già in patrimonio della scienza e consentita la verità che lo Stato è per l'uomo (2). Ma l'uomo è fornito già di forza intelligente e operante, che serve al fine suo, ossia al bene. Dunque lo Stato deve rispettare, anzi conservare questa forza, e deve conservarla nella sua morale natura.

Ora negare la libertà, ossia, come si dice, la *iniziativa* individuale, è distruggere la natura della forza morale. Il socialismo dunque, distruggendo l'economia naturale delle forze, contraddice all'idea di Stato, che è quella di conservarle sopraggiungendosi ad esse non come peso che schiaccia, ma come ausilio che conforta.

---

(1) V. il cit. *Sist. elem.*, cap. v, pagg. 79 e 96.

(2) V. pag. 56 e nota.

Bene è vero che il socialismo dice di organizzare le forze, ma ai fatti le distrugge quando ne rinnega quello che v'è di essenziale, cioè il primo momento di libera elezione e le riduce a istrumenti meccanici e materiali.

Lo Stato inoltre, come mera istituzione e personalità morale, avente una coscienza, una volontà, un'intelligenza *mutuata* dalle persone fisiche che concorrono alla sua rappresentanza, è meno atto a sentire il potente stimolo dell'interesse che rende sì intelligente, sì operoso e fecondo il lavoro.

La storia e la esperienza di tutti gli Stati ripudia il concetto del socialismo. Vi furono Stati despoti e invadenti, ma questi sfruttarono le forze individuali a loro profitto o vi posero inciampi; non si arrogarono mai o quasi mai dirigere o organare il lavoro, amministrarne i prodotti, regolare tutte le attività e ripartirne i beni conquistati. E di quelle stesse leggi dispotiche, che per poco presunsero sostituire l'azione dello Stato all'ordinamento libero della natura, gl'inconvenienti, gli abusi e le sventure ne furono la severa e non tarda repressione. Gli stessi saggi che ne fecero gli autori citati, con intenzioni certo degne di tutta la riconoscenza, ebbero sorte infelice.

La pratica degli Stati smentisce nel modo più solenne la speranza che i socialisti ripongono nell'azione dello Stato nel mondo del lavoro. Lo Stato intraprendente e lavoratore è incompetente, perde il tempo, sciupa le forze, fallisce allo scopo, produce il meno possibile colla maggior quantità di mezzi impiegati.

Discorse le teoriche estreme, restano le medie. Ma qui pure quanta varietà! Fra lo Stato inattivo e negativo e lo Stato onnifaciente v'è una scala di gradi intermedii. Carattere generale di questi sistemi, quanto alla questione del fine dello Stato, si è di attribuire a questo un còmpito proprio che non si confonda con quello dell'individuo, nè si sostituisca ad esso e che non sia sol *negativo:* cioè che lo Stato sia anch'esso elemento e fattore di civiltà, di progresso e non solo moderatore, *ma cooperatore* di tutte le altre forze sociali. Fra lo Stato inattivo e lo Stato solo e supremo operatore, vi è lo Stato *cooperatore.*

Ma nella quantità e nei confini di tale cooperazione avviene la subalterna varietà de' sistemi. Quelli, cui la polemica ha dato una figura e un nome, sono due. L'uno è quello rappresentato da Dupont

White (1), chiamato dal Simon: del *dispotismo empirico,* che nel campo economico risponde a quello detto del *protezionismo,* nell'amministrativo a quello del *regolamentarismo* o dell'*accentramento.* Partendo sempre dal principio democratico e umanitario, che lo Stato deve organizzare la vita collettiva cogli ordini politici e venendo all'ordine sociale, esso vuole lo Stato non operaio nè intraprendente, come il socialismo, ma protettore e regolatore in economia, educatore e benefattore in morale. Lo Stato non distribuisce il lavoro nè dirige la *produzione,* ma regola la *distribuzione,* cioè i rapporti fra il lavoro e gli altri agenti produttori. Per tal modo lo Stato se non si sostituisce all'azione individuale, la indirizza però e prepara un tipo di benessere e di civiltà.

Da questo sistema si discosta un altro che si tiene anzi per suo avversario e lo combatte (2) come eccessivo. È il sistema al quale i suoi avversari dànno in Germania il nome di *socialisti della cattedra* e talvolta di *scuola autoritaria* e gli amici di *economisti moderni* o di *scuola realista.* Ad essa si possono richiamare, quanto ai principii, le teorie di Romagnosi e del Gioia sullo Stato, e ne sono seguaci in Italia: il Lampertico, il Luzzati, il Persico; in Francia: il Simon, il Batbie; in Inghilterra: il Mac Leod e il Cairnes; e in Germania, originato sin da Savigny, Krause ed Ahrens, un vero sistema rappresentato da Bluntschli e da Trendelenburg, ma questi e la scuola di Ahrens e Krause vogliono qualcosa di più: l'organizzazione delle sfere, delle vocazioni. A questo sistema si riduce anco la scuola economica ove militano Wagner, Schäffle, Brentano, Engel ed altri nomi chiarissimi (3).

E la vera odierna questione, che divide in questo momento non solo il campo teorico, ma gli uomini di Stato e i Parlamenti, è fra la scuola liberale e la scuola economica tedesca.

Quest'ultima parte dal concetto che lo Stato è pel bene dell'uomo. Ma a raggiungere questo bene lascia muoversi e dirigersi la libertà individuale nella sfera del giusto e dell'onesto; dove questa

(1) V. l'opera sua: *L'individu et l'État.*

(2) V. Stuart-Mill, *La liberté,* Paris, 1864 e Jules Simon, *La liberté politique,* Paris, 1871.

(3) V. Lampertico, *Econ. dei popoli e degli Stati;* Luzzati, *L'econ. polit. e le scuole germ.* (*Nuova antol.*, settembre 1874); Cusumano, *Sulla condizione attuale degli studi econ. in Germ.* e *Arch. giur.*, xii, 1, 2, 3.

non basti allo scopo, sovviene lo Stato. Lo Stato quindi abbraccia nell'azione sua tutto l'uomo, tutta la vita, morale, intellettuale, economica, fisica e non solo dal lato della conservazione, ma del miglioramento o *perfezionamento;* bensì, non con azione esclusiva, ma suppletiva, cioè quando la libertà individuale manca o è insufficiente. Quindi l'incoraggiamento, il soccorso, la beneficenza, il decoro non sono estranei agli uffici dello Stato.

Riassumendo in formole scientifiche i sistemi esposti, sotto l'aspetto della quistione sullo scopo dello Stato, può dirsi che questo, per la scuola individualista, sia *la tutela del diritto;* per la socialista, *la produzione e ripartizione de' beni sociali,* sotto il rapporto economico: per la protezionista, *la ripartizione de' beni, la protezione e l'indirizzo delle forze sociali al bene del tutto;* per la scuola realista, *il supplimento delle forze individuali per la conservazione e il perfezionamento di tutti e del tutto sociale.*

## CAPO III.

## Il fine dello Stato.

Ed ora, entrando modestamente a dare il nostro suffragio, premettiamo un'avvertenza. Noi cerchiamo la formola razionale dello Stato e non la formola positiva. Questa è opera di applicazione e dell'arte, e appartiene all'ufficio dell'uomo di Stato che si esplica a un dato momento storico. Intesa dunque la quistione nel primo senso, noi non esitiamo a pronunciarci per la quarta formola, cioè pel sistema economico moderno, come è figurato in quella. La prova ne è negativa e positiva.

La prova negativa consiste nella eliminazione de' sistemi estremi, e fu esposta nel capitolo antecedente. Resterebbe tra' medii il sistema protezionista, il quale però pecca, e pe' principii e per le conseguenze, degli stessi vizii, benchè in grado minore, del socialismo: pecca contro il principio della libertà, introducendosi nel mondo delle transazioni spontanee: sopraccarica lo Stato di cure per lui incompetenti, impossibili: necessita una massa immensa di servigi e di uffici, di una burocrazia lontana via via e remota dal centro della responsabilità suprema e personale; ingolfa gli Stati in un mare d'imbarazzi e di spese. Esclusa così anche questa opinione,

che non novera numerosi campioni, rimane sola razionale e possibile la opinione cui suffraghiamo.

La prova positiva di essa si fonda sul concetto o genesi razionale dello Stato. Lo Stato è forza collettiva, è istituzione necessaria, etica, naturale, ma istituzione: ha quindi un fine essenziale e fuori di se stesso. Questo non può esser che l'uomo. Ma l'uomo è energia anch'esso, che cura da sè il *suo fine* e che lo Stato non può escludere; quindi lo Stato se ha per fine quello stesso della libertà individuale, cioè l'uomo e il fine suo, non può mirare a questo se non come aiuto e ausilio. Ma il fine razionale dell'uomo è il bene, cioè la conservazione e il perfezionamento dell'essere e delle facoltà sue. Dunque lo Stato ha per fine generico il fine dell'uomo, specifico il supplire colle forze collettive alle forze sociali nella conservazione e nel perfezionamento del bene comune: quindi «conservare e perfezionare in via ausiliare e suppletiva l'opera e le forze di tutti e del tutto sociale».

Svolgiamo questa formola. Muovendo dalla idea del *bene* in generale, è mestieri specificarla in ordine al *soggetto*, alla *estensione*, alla *intensità*. E qui è d'uopo una determinazione di concetti che parrà minuziosa. Il subbietto del bene è l'uomo. Ma *uomo* è parola astratta. La sua determinazione *discretiva* è data dalle altre tre parole: individuo, pluralità, totalità. L'individuo s'intende in modo determinato o indeterminato. L'individuo determinato è il *singolo*, Tizio o Caio, un uomo cioè in quanto contraddistinto dagli altri, non identico a nessun altro. L'individuo indeterminato coincide col concetto della pluralità o della totalità. La totalità, ossia l'universale, si prende o distributivamente e materialmente, o collettivamente e unitariamente. Si prende anche o relativamente (nazione, popolo, Stato), o assolutamente (umanità). La pluralità poi anche essa o è determinata, cioè parte di un tutto, come p. e. un ceto o un ordine di persone, o indeterminata che coincide col concetto del *pubblico*. In coerenza di questi concetti avremo altrettante ragioni di *bene*, cioè il bene *individuale* o *privato*: il *particolare*, cioè parte determinata: l'*universale*, il *pubblico* (1).

Ora scopo proprio dello Stato non può essere il bene privato, nè particolare, perocchè lo Stato è per tutti, e il curare il bene di uno

(1) Vedi il cit. *Sist. elem.*, cap. 7.

o di certi uomini sarebbe contro la legge sociale dell'eguaglianza. Lo Stato non ha a fine il bene se non in quanto sia partecipabile da tutti i soci, ciò che acconciamente esprime la parola *comune*. Il bene privato quindi o particolare non può essere scopo diretto della società, ma solo indiretto, cioè in quanto l'individuo fa parte dell'universale. Che, se talvolta sembra anche essere scopo diretto, ciò non avviene o non deve avvenire se non quando sia strettamente e indivisibilmente connesso con quello dell'universale, o quando l'individuo e la parte è presa indeterminatamente come uomo o cittadino, non come determinato e singolare individuo o determinata frazione.

Così si spiega e giustifica come lo Stato renda servigi e soccorsi continuamente e per sua diretta missione ad individui, e faccia guerra per la sicurezza o dignità di un solo cittadino, o contribuisca alla costruzione o restauro o miglioramento d'un porto o di un fiume: perchè cioè in un cittadino o in un luogo si realizza e concreta la utilità, la difesa o la sicurezza del tutto.

Per tal modo anche il bene pubblico può essere scopo dello Stato, in quanto esso è l'interesse universale non in atto, ma in potenza. Così dicesi pubblica una *scuola*, un *teatro*, una *piazza* quantunque non tutti numericamente e attualmente vi entrino nè possano entrarvi.

Scopo dunque dello Stato è il bene comune o pubblico o di tutti e si può anche dire il bene dell'*individuo* indeterminatamente preso, cioè di ognuno, non di uno. Anche il bene universale è obbietto dello Stato in entrambi i sensi della universalità distributiva e collettiva, il primo però come fine ultimo, il secondo come mezzo ad esso. Ed è inesatto il dire essere fine allo Stato « il bene degli *uomini* presi *come un tutto o una persona* », il che inteso alla lettera ritornerebbe al concetto dello Stato fine a se stesso, che non può stare.

Ma *qual bene* di tutti è scopo dello Stato? Qual'è l'*estensione* del suo fine? Ora noi diciamo che non questo o quel bene, ma tutti i beni sono scopo dello Stato, come appunto tutti i beni sono fine dell'uomo, cioè il bene morale, l'intellettuale, il morale, il fisico, l'economico; e non la sola conservazione, ma lo sviluppo e il perfezionamento delle umane facoltà tutte. Quindi nessuna sfera di attività e di beni può essere estranea e indifferente allo Stato, benchè niuna di esse debba essere *assorbita* o supplantata e neppure vio-

lentata dall'azione dello Stato. In questo senso solo è vero che lo Stato è il popolo, è l'uomo, è l'umanità.

Ma qui subentrano i limiti e le differenze specifiche, cioè nella *intensità* del bene. E dal momento che, come già si dimostrò, lo Stato deve lasciar sussistere e svolgersi le altre forze al medesimo fine del bene, ne risulta che esso devesi curare tutto il bene, ma tutto *qualitativamente,* non già tutto *quantitativamente,* cioè in via non esclusiva, ma ausiliare e supplettiva, in quanto cioè non possa esser raggiunto colle forze isolate, ma sol mediante la forza collettiva. Questa è condizione essenziale dello scopo dello Stato, perchè è eziandio della sua esistenza. Così l'uomo conserva e difende la sua esistenza e i suoi diritti, ma dove l'azione sua conservatrice e difensiva non basta, subentra la forza ordinata e repressiva dello Stato. Così pur dicasi dello svolgere e perfezionare le potenze e forze individuali che è debito e natura dell'uomo, ma che lo Stato solo può in grado più perfetto, cioè mediante la cooperazione necessaria. Quindi lo scopo specifico dello Stato si riduce a *tutelare* e *svolgere le forze sociali* in via di ausilio o supplimento.

Ma ogni entità avente scopo fuori di sè, per raggiungere questo, deve conservare se stessa come mezzo essenziale al fine. Quindi lo Stato ancora deve, oltre lo scopo *estrinseco,* avere lo scopo *intrinseco,* la propria conservazione. In altri termini, lo Stato deve tutelare, svolgere e perfezionare non solo gli uomini, la società, il popolo, cioè *tutti,* ma ancora il *tutto* sociale. Ed ecco come ritorna illustrata la formola: « Scopo dello Stato essere il supplimento delle forze particolari alla conservazione ed al perfezionamento di tutte e del tutto sociale ». Lo Stato è quindi la grande e perfetta cooperazione. Il suo ufficio fu detto essere duplice, l'uno come fine prossimo e come mezzo, cioè l'ordinamento del diritto *(Rechtszweck),* l'altro come fine ultimo, la cooperazione al còmpito sociale *(Culturzweck).* Meglio si deve dire prossimo primo fine il diritto, ultimo fine il bene, sia di conservazione sia di cultura.

Questo concetto e questa formola dello Stato mentre lo mostra un potente fattore di progresso e di coltura, attenua l'idea disorbitante di uno Stato che è tutto, che è il solo fattore di civiltà, che si sostituisce alla libertà e la inceppa col pretesto di dirigerla e rende responsabile il potere di tutti i mali, di tutte le leggi anche fatali della società umana, concetto che conduce a creare e spezzare a vicenda le forme politiche, rinnegare le stesse manifestazioni

della volontà popolare, quando più non si credano corrispondere all'idea del perfetto organismo artificiale e dello scopo immanchevole della felicità e dell'eguaglianza.

Dato il fine dello Stato, ne seguono le funzioni e gli uffici suoi, o meglio gli uffici dello Stato come istituzione e gerarchia. Essi sono già implicitamente enunciati nella formola, cioè: 1° tutelare l'essere e le forze collettive e singole, cioè il diritto coll'uso della forza e colla risoluzione de' conflitti: funzione negativa e meramente conservatrice; 2° perfezionare e svolgere l'essere e le forze sociali: l'una e l'altra cosa in via di supplimento o di aiuto alle forze individuali e consortili. Tale idea di supplimento non si manifesta o è in effetto meno intesa nell'azione conservativa, cioè di tutela giuridica, la quale anzi sembra esclusivamente appartenere allo Stato, ma in realtà, per quanto predominante, esclusiva però non è: testimoni il diritto di difesa presentanea contro il male imminente alla persona, il diritto di ritenzione e di compensazione nelle obbligazioni, il diritto del *vim vi repellere*, di respingere e reprimere i turbamenti del possesso, purchè *ex intervallo non fiat* ecc. Diventa però esclusiva l'opera dello Stato nella vera repressione.

In quanto all'azione verso il perfezionamento, essa apparisce meglio nella sua indole suppletiva e ausiliare quando lo Stato istruisce nel mondo intellettuale, educa e benefica nel morale, lasciando però alle forze private la libertà dell'insegnamento e dell'educazione, nel mondo economico toglie ostacoli, garantisce proprietà e libertà, detta norma d'igiene, di sanità, di moralità, incoraggisce, promuove associazioni, le sancisce colla sua autorità, ma non interviene nella produzione sociale, compie le opere d'interesse collettivo e queste stesse giovandosi della iniziativa privata: nella circolazione impedisce monopolii, tutela la libera concorrenza, soccorre nelle crisi; ma (tranne i casi di necessità inevitabili) non fa tariffe nè *maximum*, nè stabilimenti normali, che turbano e sconvolgono il sistema naturale a danno degli stessi consumatori, nelle distribuzioni o ripartizioni tutela la buona fede e moralità pubblica, combatte i privilegi. Ma le applicazioni rimettiamo a loro luogo.

## CAPO IV.

## I poteri dello Stato.

Dalla teorica del concetto e del fine dello Stato sgorga piena e naturale quella de' *poteri*. Dato il fine dello Stato, quali sono le forze, le facoltà, i mezzi, le funzioni onde lo Stato dev'essere fornito per raggiungerlo? Tali forze diconsi i *poteri* dello Stato.

La sovranità, che è mente e volontà e forza che comprende, vuole ed attua il bene sociale, ed è il potere sociale considerato nella sua unità, nella sua fonte e nel suo primo e supremo momento, è indivisibile nel suo concetto e deve anche esserlo nella sua realtà e nel suo esplicamento, perocchè deve appunto riflettere, formare e rappresentare l'anima, la coscienza e la volontà suprema moderante della nazione qualunque sia la forma del governo, qualunque i congegni e gli organi in cui la potestà sociale sia incarnata o divisa. Ma codesta autorità medesima si distingue, come si è detto, in facoltà o funzioni diverse, cioè in varii ordini di atti e vogliam dire appunto poteri, i quali possono distribuirsi fra organi, ossia persone fisiche o morali diverse, o ciascuno per ciascuno, o, come più porta la storia e l'esperienza, in varii gradi contemperate fra di esse, nel che appunto consiste quel che dicesi *la divisione dei poteri*. Questa può essere concepita doppiamente; in senso materiale cioè o di contenuto, in senso *formale* o di funzioni. Alla prima si riporta il tipo antico, che distribuiva tra gli organi i negozi o affari secondo la gravità e l'importanza. Si riscontra nella seconda il sistema moderno che informa la distribuzione a categorie logiche, o facoltà astratte dal materiale contenuto, e forma se non la essenza, certo la conseguente necessità del sistema *rappresentativo*.

Celebre è la triplice enumerazione e divisione del Locke e del Montesquieu e la cui nomenclatura risale ad Aristotile (1). Distingue i poteri sociali in legislativo, esecutivo e giudiziario. Il legislativo o deliberante delibera il diritto in massima, il giudiziario l'applica nei singoli casi, l'esecutivo lo attua. Vi ritrovano l'analogia colla persona fisica che delibera o pensa, vuole o statuisce, opera od eseguisce. Ma diventò più volgare la distinzione del potere in legi-

---

(1) *Pol.* IV, 11.

slativo ed esecutivo, colla suddistinzione di questo in amministrativo e giudiziario, perocchè si disse che il giudiziario non è che un modo di fare eseguire le leggi.

La questione di sapere se il potere giudiziario sia distinto dall'esecutivo o sia un ramo subalterno di esso può avere interesse per la indipendenza reciproca de' poteri e degli organi loro. Coloro che sostengono la duplice distinzione muovono dal concepire tutto l'ordinamento di Stato in relazione alla legge. E siccome nulla vi può essere di mezzo fra il fare la legge e l'osservarla, così concludono non potervi essere che un potere legislativo e un potere esecutivo, e questo non distinguersi in amministrativo e giudiziario se non dal diverso modo di esecuzione od anche dalla diversa qualità della legge stessa che trattasi di eseguire.

Tale criterio di divisione è meramente *formale* e logico, perocchè è preso dal diritto che è una forma de' rapporti sociali. Ma il contenuto e la sostanza di questi rapporti sta negli scopi, e quindi da questi deve derivarsi come il concetto così la distinzione specifica de' poteri sociali. Il dire che il potere o fa le leggi o le fa eseguire è una mera relazione logica che non può condurre a verun pratico risultato, nè può determinare la differente natura delle funzioni sociali. Tutte le cose possono richiamarsi ad una categoria ideale comune, ma, per intenderne le differenze specifiche, bisogna penetrare nella loro essenza che, in fatto d'istituzioni morali, sta, come dicemmo, nello scopo. E, anche stando a quel criterio puramente logico, neppure è esatto il dire che il potere amministrativo e il giudiziario entrambi eseguiscono le leggi, quando invece il giudiziario non eseguisce punto, cioè non opera, ma fa eseguire ed operare conforme alle leggi. Di che segue che quel criterio non solo non è reale, ma neppur logico e va a cercare la identità specifica dei due poteri dietro un mero suon di parole, anzi in una parola equivoca.

Muovendo dal concetto dello scopo dello Stato, la divisione dei poteri viene spontanea. Ma, innanzi tutto, lo Stato prima di agire si organizza. Il potere che organizza lo Stato (poichè anche ad ordinare lo Stato è duopo d'una facoltà razionale e di un potere) è il potere costituente, il quale è distinto dalla sovranità, poichè la precede.

La sovranità costituita ha per scopo la tutela e il perfezionamento, cioè il bene sociale. Esso deve attuare il bene, ne' limiti che

gli sono assegnati e in concorso colle varie libertà ed energie individuali e particolari. La società è un campo d'azione dove si muovono le forze, ossia le libertà pubbliche e private verso lo scopo comune del bene. Questo movimento delle libertà sì pubbliche che private si fa con norme, cioè col diritto che è la norma razionale di azione. Le libertà pubbliche e private operanti dentro la legge possono deviare dalle leggi e trasgredire la sfera assegnata da esse. Formulare le leggi, operare in conformità di esse, contenere e correggere le aberrazioni delle libertà operanti, tali sono le funzioni *sociali* verso il bene. Esclusa la parte che ne spetta al popolo, cioè alle libertà private, resta dunque della sovranità sociale: 1° il potere che dà le norme; 2° il potere attuante la parte d'operare sociale che spetta allo Stato; 3° il potere moderatore e correttore delle libertà operanti. Quest'ultimo è dunque una funzione distinta dal secondo, poichè non opera, cioè non *attua* direttamente e non *pone* lo scopo o il bene sociale, benchè serve ad esso bene, contenendo le libertà ne' limiti del diritto e risolvendone i conflitti. Non è dunque una funzione tecnica, cui lo Stato assume per compiere un'azione amministrativa, come disse taluno. Anche nel concetto della giurisprudenza romana si rivelava una differenza profonda, quando si distingueva da una parte l'idea dell'*imperium* e della *gestio* e dall'altra quella della *jurisdictio*. Ma la differenza sarà meglio lumeggiata dalla teoria de' limiti e dei rapporti.

Ora, veduto il prospetto e la distinzione specifica e fondamentale de' poteri, passiamo a svolgerne più particolarmente i limiti ed i rapporti, quistione più da vicino importante al diritto amministrativo.

## CAPO V.

## I limiti tra' poteri. — Il legislativo e l'esecutivo. I regolamenti.

I poteri siccome s'incarnano e personificano in certi organi divengono come tante unità che, senza lasciare di essere membri del tutto organico, hanno e debbono avere la loro particolar vita e coscienza della loro entità, onde si sviluppa il sentimento della propria missione e conservazione e di resistenza a' poteri invadenti, nella

quale armonia da un lato e resistenza dall'altro sta la salute e la fisiologia perfetta di uno Stato, massime rappresentativo. Quindi la grandissima importanza della quistione de' limiti che ritrae e completa quella dell'essere, della natura e della forza de' poteri e che abbraccia tutte le innumerevoli controversie delle competenze. Ne tratteremo con diligenza, incominciando da' limiti e rapporti fra la podestà legislativa e la esecutiva.

La formula che il potere legislativo fa le leggi, l'esecutivo le eseguisce, quantunque sembri assai semplicemente definire i rapporti e i limiti fra quei due primi poteri, non ritrae, come si disse nel capo IV, la loro natura. E non vale a prevenire nè a risolvere le controversie. E prima di tutto domandasi se il potere esecutivo sia indipendente dal legislativo o subordinato al medesimo. Potrebbe dubitarsi dell'indipendenza stando al concetto volgare della *esecuzione;* ma l'esecuzione non è puramente passiva. Se non ci fossero leggi, o ve ne fossero poche, il potere avrebbe anzi allora il più da fare. E potrebbe altresì dubitarsi della indipendenza del potere esecutivo vedendo nella pratica costituzionale il parlamento esercitare sorveglianza e sindacato sugli atti del ministero, cioè del potere esecutivo e la Camera votare i bilanci e rivedere i conti. Ma è da riflettere che noi trattiamo dell'astratta divisione dei poteri, non di quella degli organi in cui i poteri s'incarnano. L'ingerenza amministrativa del parlamento non significa dunque subordinazione del potere esecutivo al legislativo, ma soltanto che nell'assemblea parlamentare alla principale funzione legislativa si riunisce un'alta sorveglianza e ingerenza politica e amministrativa, il che conferma sempre più che la divisione dei poteri è astratta e formale, non quadra con quella degli organi fra' quali in diversi gradi si riuniscono e contemperano facoltà di varia funzione. Non si confondono però e la stessa riunione avviene in certi casi di analogia ed eccezionali, come nel caso del bilancio e dell'alta sorveglianza e nel caso della sanzione legislativa del Re. Altrimenti, si riprodurrebbe la confusione delle funzioni, ossia divisione materiale de' poteri, o almeno gl'inconvenienti di essa, se si rinvenissero nel medesimo organo funzioni diverse. Ma nel suo concetto la indipendenza del potere esecutivo non può negarsi. Ed una pratica applicazione ne è questa che non il potere legislativo e non lo stesso parlamento potrebbe togliere al potere esecutivo e al Re, o a' ministri che lo rappresentano, le facoltà che la costituzione

loro attribuisce, p. e. commettendo ad una commissione parlamentare o a un dittatore le funzioni politiche o militari o amministrative che a quelli spettano. L'indipendenza del potere esecutivo, come la legittimità de' suoi comandi, emana dalla fonte comune, cioè dalla sovranità di cui è attributo e, parlando in diritto positivo, dallo Statuto. Però, la sfera d'esercizio della sua azione essendo per concetto e natura del potere *esecutore* subordinata alla legge, si domanda: sino a qual punto si verifica e si estende questa indipendenza?

Grave quistione nasce sui limiti che separano la legislazione e l'amministrazione, il fare e l'eseguire le leggi o, meglio, sul criterio di loro distinzione e rapporti. Tale quistione influisce alla quistione della validità ed efficacia degli atti rispettivi delle due potestà, cioè della *legge* e del *regolamento* che è l'atto amministrativo per eccellenza.

La distinzione del regolamento come categoria giuridica distinta dalla legge viene dallo svolgimento storico della costituzione e sorge negli stati liberi quando si forma non solo la separazione di un potere esecutivo da uno legislativo, ma una distinzione altresì della sovranità dalla amministrazione esecutiva, poichè la sovranità come irresponsabile impedisce la formazione di un diritto amministrativo e la chiarificazione di rapporti tra leggi e regolamenti (1). Ma quale è il limite che li dee disgiungere? Quello che è espresso dalla formula « fare la legge ed eseguirla » è incerto e variabile, poichè sembra significare che al potere esecutivo non resti altro campo che quello che la legge gli assegna. Non c'è egli un criterio più reale preso dal contenuto e dagli oggetti? Non c'è un criterio subalterno che prescriva sin dove estender si debba la norma legislativa e donde incominci la esecuzione? Può il potere legislativo dettar norme su tutto e spingerle sin nel campo de' più minuti particolari, riducendo l'amministrazione a mera meccanica e materiale esecutrice? O deve invece, dettando norme generali ed estratte, lasciare all'amministrazione balla di fare norme più particolari e concrete?

Sono volgari le seguenti formule messe innanzi per dettare un criterio de' limiti: *La legge delibera; il regolamento eseguisce. La legge stabilisce la massima, il principio, la generalità; il*

(1) *Stein Verwaltungslehre*, p. 27, 82.

*regolamento i particolari. La legge dispone sulla sostanza dei diritti; il regolamento sui modi di tempo, di luogo, di forme.* V'ha chi ritrova nel regolamento di fronte alla legge la traccia o la somiglianza dell'editto pretorio inverso la *lex* e dice esser i regolamenti fatti, come l'Editto, « *juris civilis adjuvandi, supplendi, corrigendi gratia* ».

Ma ognun vede come le dette formule, le quali pur sono sostanzialmente vere, lascino l'incerto ed il vago, poichè le parole di deliberazione e di esecuzione, di generalità e di particolarità, di sostanza e di modi, hanno senso tutto relativo fra loro. Ciò che è generalità per una particolarità inferiore, è particolarità per una generalità superiore. Anche i regolamenti sono fatti per casi ipotetici genericamente enunciati. I *modi* poi possono essere alcune volte importanti al diritto quanto la sostanza del diritto stesso che si determina in essi e possono le leggi, e sovente debbono, statuire sui medesimi. Il condurre una *massima* deliberata ad esecuzione importa deliberazioni subalterne e il potere esecutivo è deliberante anch'esso come il legislativo ed ha consigli appositamente per quest'uopo.

Certamente nè le costituzioni positive nè la scienza razionale fissano un confine reale fra' due poteri, nè havvi un criterio preso dall'estensione o dalla intensità del contenuto. Una stessa proporzione non potrebbe sussistere anzi a lungo e deve essere necessariamente variabile secondo la natura delle materie e le condizioni politiche dello Stato. Purtroppo tutto è rimesso al potere legislativo lo allargare o stringere il campo de' suoi lavori. La costituzione non dice, ne forse può dire, se non che esso fa le leggi e l'amministrazione le eseguisce. Per andare sino alla violazione della costituzione sarebbe necessario che il potere legislativo giungesse fino ad usurpare l'atto singolare e concreto dell'amministrazione, sostituendosi o sostituendo alla competenza di esso. In tutta la precedente serie di deliberazioni e di norme sta al potere legiferante scegliere il punto a cui arrestarsi.

Solo la scienza e l'arte della legislazione e la consuetudine e la pratica costituzionale possono consigliare criterii o dar regole o precetti consultivi, come appunto quello di non spingere le leggi a troppe particolarità, di non prevedere troppi casi, di lasciare al pratico amministratore larghezza di accomodar la massima a' bisogni e alle condizioni varie di tempi, di luoghi, di persone, perchè

la legge invariabile e fissa, massime nell'ordine pubblico, riesce nel variare delle circostanze inopportuna o dura e dovrebbe cambiarsi ogni momento con danno della cosa pubblica e con incomodo gravissimo del legislatore, sotto pena di ritardare, impedire, o anche opprimere il progresso sociale.

Se però non può darsi un criterio *assoluto* e *positivo* che confini con precisione le due potestà dal lato del potere legislativo, tranne questo che il potere legislativo non può usurpare l'atto o il provvedimento concreto, resta il criterio *relativo* e *negativo* preso dal lato del potere esecutivo ed è che questo non può fare norme od atti difformi dalla legge e fuori del giro tracciato dalla legge. Imperocchè entrambe le norme, la legislativa e la regolamentare, sono obbligatorie, attingendo entrambe la loro virtù giuridica alla medesima fonte che è la sovranità, ma la prima è tale *assolutamente*, la seconda solo *relativamente* o *condizionatamente*, cioè in quanto non si discosti dalla legge o meglio in quanto operi secondo legge. Del che si ha, oltre alla prova ideale, la dimostrazione espressa nel diritto positivo italiano (1). E da ciò segue potersi e doversi dal giudice non attendere un regolamento quando esso si ravvisi contrario alle leggi: anzi non potersi attendere o applicare, se non in quanto è conforme alle leggi (2), il che deve intendersi però non della legge speciale, ma di tutto il sistema e lo spirito delle leggi.

Da questi principii è facile rispondere ai quesiti pur tante volte occorrenti nella pratica di questioni forensi, se possa efficacemente un regolamento derogare a una legge, o correggerla, o interpretarla con efficacia giuridica. Non può. Derogare o correggere è chiaro che non possa, chè porterebbe un conflitto col potere legislativo. Il derogare e modificare la legge non può essere attributo se non di chi ha il potere di farla. Avvi anzi un articolo dello sta-

---

(1) Statuto, art. 6.

(2) L. 20 marzo 1865, alleg. *E* sul *Contenzioso amministrativo*, art. 5. Vedi in materia di regolamenti sull'imposte: Cass. Firenze, 18 nov. 1871 (*Giurispr. ital.*, vol. XXIII, p. 1, col. 772) ed altre riportate dal PINTOR-MAMELI, *Competenza* ecc., pagg. 92, 93 e 94. Vedi pure C. C. Torino, 28 sett. 1849 (*Bettini*, I, 1, 31) e 19 aprile 1854 (*Giurispr. della cassaz.*, 1154, p. 110); 27 aprile 1864 (*Bettini*, 1864, I, 815, 935); 7 giugno 1865 (*Giurispr.*, anno II, p. 349); C. C. Firenze, 14 marzo 1864 (*Annali*, I, 2, 138) ed altre molte presso MANTELLINI, *Conflitti*, III, pag. 6-7.

tuto che espressamente vieta al potere esecutivo sospendere come dispensare dall'osservanza della legge (art. 6).

Ma il medesimo deve dirsi dell'interpretarla ed è disposto esplicitamente nell'art. 73 dello statuto. L'interpretazione o dichiarazione che il regolamento ne facesse, non sarebbe che semplicemente un'opinione dottrinale, consultiva, non mai giuridica.

La ragione è chiara. La interpretazione autentica obbligatoria equivale alla legge stessa e quindi esige lo stesso potere che il farla. *Ejus est interpretari cujus est condere.* Nè vale il dire che lo eseguirla presuppone lo interpretarla e quindi questa funzione deve essere implicitamente contenuta nella funzione esecutiva. Imperocchè eseguire è soltanto operare in conformità alla legge e, se è dubbio qual sia la legge, il dichiarare questo dubbio eccede evidentemente e precede la esecuzione. Il potere esecutivo potrebbe, com'ogni privato, intender la legge secondo sua coscienza, ma il suo intendimento come quel del privato non sarebbe obbligatorio per altri e nascendo conflitto dovrebbe il dubbio esser risoluto da chi il conflitto è chiamato a risolvere, cioè dal potere giudiziario. Una costante giurisprudenza ha confermato questo teorema, che l'interpretazione efficace delle leggi è affidata ne' singoli casi alla autorità giudiziaria non mai all'esecutiva e che questa non può influire menomamente sulla detta interpretazione (1).

Ma ancora rimane a domandare se il regolamento possa supplire alla legge, disponendo ove essa tace. E qui ne sembra appunto aggirarsi tutto il còmpito naturale del regolamento, cioè nel divisare quelle norme secondarie che la legge occupata delle massime e dei principii generali non attese a stabilire e in prescrivere le modalità e le forme, che la legge non avesse prescritto. Natural principio da stabilirsi in questo punto è in generale questo, dover la legge divisare gli elementi necessari ed essenziali del diritto (soggetti od oggetti), p. e., in materia di tasse, designare i contribuenti e la imposta stessa. Una legge quindi finanziaria che non precisasse i contribuenti, o l'aliquota, non potrebbe essere supplita in ciò dal

---

(1) Cassaz. di Torino, 5 giugno 1867 (*Giurispr. ital.*, vol. XIX, parte I, c. 419). Corte di Genova, 7 dicembre 1869 (*Annali della giurispr. ital.*, vol. II, parte II, sez. I, pag. 147); Cassaz. di Napoli, 15 luglio 1872 (*Manuale degli amm. crim. e pen.*, 1873, p. 92); Cassaz. di Firenze, 20 marzo 1873 (*Manuale* d. anno, pag. 319); Cassaz. di Palermo, 10 luglio 1873 (*Manuale*, d. anno, pag. 299), ecc.

regolamento: sarebbe inefficace. La legge può soltanto lasciare al regolamento lo statuire sugli *accidentali elementi*. Ma se questo è il campo naturale alla disposizione regolamentare, qui è appunto massimamente da guardare che non si nasconda l'eccesso o l'abuso e col pretesto di eseguire in verità non si falsi o non si ecceda o si guasti la legge: ragione appunto questa per la quale combattono alcuni questa pericolosa facoltà regolamentare che è sì sovente arma e veicolo onde il potere a dispetto d'ogni costituzione può invadere il terreno sacro del legislatore e disporre di diritti e di obblighi nuovi. Non qualunque forma o modalità, o misura di tempo o di luogo o di persona si riferisce a mera accidentalità di diritto, nè perchè la speciale legge non ne dispone, perciò può subito validamente il regolamento disporne. Ma è necessario che quella particolarità o modalità non si trovi prescritta, nonchè nella legge speciale, ma neppure in materia sistematicamente connessa. Imperocchè per legge non vuolsi intendere questa o quella legge che regola la special materia, ma il sistema di legislazione che deve formare un tutto armonico giusta il dettato della scienza e anche il prescritto del nostro diritto positivo (1). Eccetto però che la natura della legge cui si riferisce il regolamento o la espressa volontà del legislatore non ne impongano di deviare da' generali criteri di diritto e di ermeneutica legale.

Che, se nè la legge speciale nè il sistema delle leggi non determinano in alcun modo le accidentalità della massima e il sistema non sia evidentemente applicabile al caso e se quella accidentalità sia affatto necessaria a porre quella massima in atto, e la legge sia di per sè perfetta e compiuta ne' suoi elementi sostanziali, allora e solo allora il regolamento è competente a determinarla e quindi valida ed efficace la sua disposizione. Giudice di questa validità ed efficacia, e perciò della competenza o dell'eccesso del regolamento, è il potere giudiziario che è chiamato ad applicarlo (2). Così io penso che, se un regolamento di polizia o d'igiene prescrivesse distanze ai confini di edifici e fondi maggiori di quelle che il codice civile prescrive, non sarebbe obbligatoria questa maggiore distanza, quando il codice non avesse riservato la consuetudine o

---

(1) Cod. civ., disp. prel., art. 3 e. cit. alleg. *E*, art. 5.
(2) Cit. art. 5, legge 20 marzo 1865, alleg. *E*.

gli statuti locali. Però se il regolamento si fosse informato ad altri principii e scopi che la legge comune, p. e. a scopo di sanità per le distanze tra edifici maggiori di quelle prescritte nel codice civile, ben fu giudicato valere la prescrizione di maggior distanza. Egualmente non potrebbe un regolamento dispensare l'amministrazione dall'obbligo di denunciare o notificare un atto che concerne l'interesse e il diritto de' cittadini, comunque la legge non avesse disposto codesta denuncia o notifica, ma potrebbe prescriverne forme e termini anche diversi da quelli contenuti nelle leggi ordinarie, se evidentemente non fossero questi applicabili alle speciali circostanze dell'atto amministrativo di cui si tratta.

Alle cose dette intorno a' limiti del potere esecutivo e alla efficacia de' suoi atti in cospetto alla legge, è da fare due eccezioni. La prima è allorquando a quel potere sia stato dal legislatore mandato di fare disposizioni legislative. È dissertabile in teoria e gravemente dubitabile se il legislativo possa, come eziandio ogni altro potere, delegarsi nel suo esercizio anche caso per caso. Il principio «*qui per alium facit per se ipsum facere videtur*» non iscioglie la quistione, perocchè esso è dettato per esprimere la responsabilità del delegante, non la validità della delegazione. È poi da distinguere il mandato in diritto privato dalla delegazione in diritto pubblico. Quello si fonda sul diritto di assoluta proprietà, questa sopra un diritto subordinato sempre allo scopo e sopra delegazione della legge fondamentale, onde piuttosto che il detto principio sembra applicabile l'altro *delegatus delegare non potest*, tranne che ne abbia ricevuto facoltà o esplicitamente o per natura del mandato stesso, come avviene nel caso di facoltà amministrative delegate dall'autorità suprema a funzionari subalterni o anche dei pieni poteri conferiti in caso di assenza o impedimento del capo del potere esecutivo. Sarebbe a proposito la teoria romana sulla giurisdizione che compete *jure delegato et speciali lege*, ovvero *jure magistratus et proprio*, delle quali quella non si può delegare, questa sì. La potestà legislativa però non si può assomigliare alla *jurisdictio legitima et specialis*, nè alla *mandata* e neppure alla *ordinaria* e *propria*. Essa appartiene all'*imperium*.

I tribunali pronunciarono talvolta la nullità delle delegazioni di attribuzioni amministrative spettanti per legge a determinati magistrati in materie di fiducia e di responsabilità personale: p. e. nel caso di una nomina di certi funzionari lasciata dal consiglio

comunale al sindaco (1). Però in fatto di legislazione, abbiamo esempi di delegazioni piene, nella compilazione dei codici stessi. Non è quindi meraviglia se si ritiene valida quella di norme legislative e indisputabile in quel caso da' magistrati giudiziari la disposizione del potere esecutivo (2).

Si può domandare se questa delegazione può esser anche tacita o presunta, come sarebbe quando la legge non avesse disposto sugli stessi elementi sostanziali del diritto, p. e. se avesse ordinato una tassa senza determinare i soggetti specifici o la quantità. Non potendo allora una simile tassa condursi ad effetto senza quella necessaria determinazione, dovrebbe presumersi delegato il potere di farla all'autorità regolamentare? Rispondiamo: se la incertezza è relativa e risolubile co' principii generali e col sistema legislativo, il regolamento, che conformandosi a questi determinasse la legge, crediamo che farebbe opera giusta ed efficace. Ma se ciò sia da ammettere anche nel caso d'incertezza *assoluta* de' soggetti o degli oggetti, parmi ardua quistione, anzi da risolvere meglio nel senso negativo che nell'affermativo. Imperocchè se è già assai disputabile la facoltà del potere legislativo a fare delegazioni espresse e solenni dei proprii attributi, assurda e illegittima ci sembra poi una delegazione tacita o presunta. Nel vuoto della legge che lasciasse incerte e indeterminabili le condizioni essenziali si dovrebbe logicamente e giuridicamente riconoscere un vizio e un'imperfezione della legge stessa al quale avrebbe a riparare lo stesso legislatore non il governo; come nel caso d'incertezza assoluta d'un contratto, meglio si deve avere per nullo ed inefficace che da completare o supplire per un arbitrio del giudice. Certo poi tanto più è che a causa di questi vizi non basti la sola clausola transitoria « *è incaricato il ministro di fare un regolamento in esecuzione della legge* ». Nè val dire che sarebbe inutile se non contenesse la facoltà o mandato legislativo. Presunzione è questa insufficiente e vaga; quella clausola importa assegnazione del ministero a regolamentare, non mandato a far legge: a questo non basta la clausola generica: necessita la specifica.

---

(1) V. Cassaz. Roma, 5 giugno 1879, causa comune Roma e Andreuzzi, V. monografia Pasquali (*Riv. amm.*, 1881, pag. 8, § 86 e nota).

(2) Cassaz. Firenze, 20 nov. 1873 (*Manuale* d. anno, pag. 319); Cass. di Roma *passim.*

La seconda eccezione cade sulle disposizioni emanate dal potere esecutivo in casi di urgenza e nell'intervallo delle sessioni legislative, e ciò per legge esplicita costituzionale (1).

## CAPO VI.

## Limiti tra il potere legislativo ed il giudiziario.

La quistione de' limiti non presenta alcuna importanza, o almeno alcuna gravità ne' rapporti tra il potere legislativo e il giudiziario, dacchè còmpito di questo è evidente non esser quello di fare, o aggiungere, o modificare comechessia, ma di applicare ai casi concreti la legge colle norme stesse che la legge determina (2), e quindi di interpretarla caso per caso (3), supplendo a' vuoti delle disposizioni colle ragioni delle leggi, colle analogie, coi principii dedotti non dalle teorie scientifiche, ma dalle leggi medesime giusta il precetto di Papiniano: *Quod legibus omissum est non omittetur religione judicantis* (4).

## CAPO VII.

## I limiti tra il potere giudiziario e l'esecutivo.

Del potere amministrativo, soggetto delle nostre istituzioni, dobbiamo ora studiare i limiti e i rapporti col potere giudiziario, studio più fecondo ancora di utili disquisizioni che il già fatto.

### ART. 1. — *I criteri de' limiti.*

Coloro che vogliono il potere giusdicente parte dell'esecutivo, perchè si riferisce alla esecuzione delle leggi, cercanò, come si accennò, la differenza tra i due poteri nel vario modo o soggetto di

(1) Statuto, art. 82.
(2) Cod. civ., dispos. prel., art. 3.
(3) Statuto, art. 73.
(4) Leg. 13, *De test.*

esecuzione. E chi afferma all'uno appartenere la esecuzione delle leggi d'ordine pubblico, all'altro delle leggi d'ordine privato, p. e. Cabantous e generalmente in Francia, e chi distingue fra modi di esecuzione e dice competere al primo la esecuzione *ordinaria* o *graziosa* o *de plano,* al secondo la *contenziosa* o *solenne.*

Questi criteri, oltrechè difettano per noi nel principio di considerare i due poteri come due varietà dello stesso potere, non reggono in se medesimi. Anche la potestà amministrativa incontra ostacoli e deve combatterli e vincerli. Falso è poi che la potestà di giudicare debba cadere sulle sole leggi d'ordine privato. Infatti, quantunque sia vero che il potere amministrativo eseguisce più specialmente il diritto pubblico, tuttavia l'amministrazione si muove anche ed opera nella sfera del diritto privato, come avviene in tutto quell'ordine di atti e di beni che si riferiscono al suo patrimonio; il potere giudiziario poi applica e il pubblico e il privato diritto, perocchè avviene che nel pubblico diritto v'ha disposizioni che concernono i privati e nel diritto civile, che pur privato si domanda, v'ha disposizioni d'ordine pubblico (1). E il potere giudiziario pronuncia dovunque sia un diritto civile o politico controverso (2). Infine, anche le parole di *graziosa* e *contenziosa* e la distinzione di forme più o meno solenni, non ritraggono la differenza intima delle due potestà, ma esprimono piuttosto una modalità de' loro atti dipendente dall'intima ragione e natura delle potestà medesime. Lo stesso concetto di controversia non dà un carattere distintivo poichè v'hanno controversie amministrative e controversie giudiziali; controversia essendo ogni conflitto o antagonismo di volontà e di pretensioni.

Vedemmo già che i due poteri sono essenzialmente differenti per la diversa funzione che hanno l'uno di porre i fini dello Stato, l'altro di armonizzare nel diritto le libertà cooperanti col dirimerne i conflitti: l'uno di agire e provvedere, l'altro di conoscere e sentenziare. Questa differenza disegna anche le sfere e gli oggetti delle loro attività. L'una è data dagl'interessi pubblici che vi sono da curare; l'altra da' diritti che convenga tutelare risolvendone i conflitti. Quindi la formula oggidì comunemente adottata dalla legi-

---

(1) V. MANTELLINI, *Conflitti di attrib.*, p. 1, c. 2.

(2) Legge 20 marzo 1865, alleg. *E*, art. 1, 2, 4, 5. Vedi più oltre nel trattato del *Contenzioso amministrativo* e della *Responsabilità dell'amm. pubblica.*

slazione (1) e dalla giurisprudenza per fissare i limiti delle *competenze,* ossia facoltà date dalla legge (2), cioè materia propria dell'amministrazione essere gl'interessi, della giurisdizione i diritti. Formula equivoca, in quanto che, il diritto avendo sempre a materia un interesse, sembra (come vedremo meglio) doversi, per decidere la competenza dell'amministrazione e della giurisdizione, risolvere prima la questione se si tratti d'interesse giuridico e non già se la domanda sia solo in nome dell'interesse, o in base di un diritto, nel qual ultimo senso ritornerebbesi alla formula pura: se si tratti di *amministrare* o di *giudicare.*

E siccome la quistione di competenza si fa sempre in ordine ad una domanda o una pretensione da soddisfare, così la competenza delle due autorità dovrà esprimersi dicendo: essere competente la autorità amministrativa quando si domanda un interesse, la giudiziaria quando si afferma un diritto. Secondo questo criterio si deve proclamare la doppia divisa: libertà negl'interessi e negli affari all'amministrazione, libertà sui diritti alla giurisdizione.

### ART. 2. — *Il contenzioso amministrativo. — Cenno storico.*

Ma qui incominciano le grandi questioni: Dovrà al potere giudiziario confidarsi la risoluzione delle controversie anche quando vi è interessata la pubblica amministrazione? Dovrà invece la decisione di quelle controversie lasciarsi allo stesso potere amministrativo? o, infine, deferirsi a un potere medio che stia fra i due e che, ritraendo appunto dalla mista natura loro, dicesi il *contenzioso amministrativo?* È necessario di esaminare le due ultime ipotesi, poichè, risolute queste, è risoluta implicitamente la prima.

La idea del potere amministrativo giudicante, ossia della riunione delle due funzioni nell'organo istesso, non è figlia di un processo razionale, ma empirico. Si presenta come semplice fatto nella storia degli Stati primordiali o non abbastanza progrediti, quando la società è semplice, la sovranità risiede in un solo o pochi e tutte le funzioni politiche non sono disegnate e distinte, ma l'azione della sovranità si svolge meccanicamente sotto lo stimolo de' bisogni occorrenti. Chi fa le leggi, giudica e gerisce gli affari. Ma, talvolta,

---

(1) Citata legge 20 marzo 1865, alleg. *E.*

(2) ROMAGNOSI, *Princ. di dir. amm.*, 1, 1, c. 1, § 5.

è riunione, non confusione. Sono nel medesimo organo le due funzioni, ma distinte. Coll'ingrandirsi degli Stati e moltiplicarsi dei bisogni, si moltiplicano gli organi del potere, si dividono anche i negozi pubblici, ma in modo *materiale,* cioè secondo la gravità, non già *formale,* cioè secondo un ordine ideale di atti, che è quanto dire secondo le *funzioni.* Ne' comizi romani, come nelle assemblee germaniche, non solo si fanno le leggi, ma si decide la pace o la guerra, si nominano i magistrati, si giudica, si fa testamento. E quantunque presso i romani l'idea giuridica fosse così adulta e avesse la giurisdizione un proprio organo nel *pretore,* tuttavia molti magistrati che si direbbero esecutivi, come il prefetto della città, il questore, l'edile, il *procurator Cæsaris,* hanno giurisdizione nelle stesse materie che amministrano; le funzioni si discernono idealmente: il giureconsulto distingue l'*imperium* e la *gestio* dalla *jurisdictio,* ma la distinzione non si *realizza* sempre in organi diversi (1). Alla confusione delle due funzioni in uno stesso organo influisce non solo la immaturità della riflessione filosofica, ma, talvolta, la tradizione storica come, anche oggi, in Inghilterra, ovvero anche una ragione politica: la gelosia del potere. In questo stato di cose, inutile cercare una question di limiti, nè di un potere medio, tra due poteri.

Non accade dire che la distinzione, di che parliamo, sarebbe invano cercarla nel regime degli Stati patrimoniali e feudali del medio evo. Ne' comuni la giustizia ha organo indipendente nel *podestà,* ma non esclusivo. Col risorgere delle grandi monarchie e col progredire della civiltà si separa la giurisdizione dall'amministrazione e si tiene in conto la indipendenza di quella. Il potere però cerca un altro modo d'influirvi e questo modo è la creazione di tribunali e giurisdizioni, o *privilegiati* per persone o *speciali* per materie (massime per materie d'interesse o diritto pubblico), o *straordinari,* per certi casi. In questo modo il potere, non potendo più usurpare la giurisdizione, domina i magistrati giusdicenti.

---

(1) Privilegi presso i romani non ebbe il fisco in quanto a giurisdizione. Ma ebbe giurisdizione speciale. *Adiecit Divus Nerva qui inter fiscum et privatos jus diceret.* L. 2, § 32. *D. de orig. jur.* MODESTINO dice: *In dubiis quæstionibus non puto delinquere eum, qui contra fiscum facile responderit.* A Trajano diceva PLINIO: *Dicitur actori atque procuratori tuo in jus veni, sequere ad tribunal, eodem foro utuntur principatus et libertas (Paneg. Traj.).*

La confusione avviene talvolta a rovescio per l'invasione del giudiziario nel campo del potere amministrativo. Così accadde nei *Parlamenti* e nelle *Corti* e *Senati* di Francia e d'Italia prima della rivoluzione del 1789, i quali Parlamenti avevano, oltre alla giurisdizione, privilegi d'ordine legislativo, come quello di far regolamenti di massime generali e d'ordine politico ed amministrativo, come quello di registrare le ordinanze de' Re.

Aboliti i privilegi de' Parlamenti e le giurisdizioni speciali e privilegiate, prima da leggi speciali e poi dalle riforme della grande rivoluzione e nonostante che la costituente proclamasse « *l'autorità amministrativa e l'autorità giudiziaria sono indipendenti l'una dall'altra* », rimase però ne' francesi la reminiscenza di quegli abusi e una certa diffidenza del potere, anche nuovamente costituito, verso la magistratura giudicante. Di qui le sanzioni del codice penale contro le temute usurpazioni del potere giudiziario *(forfaiture)* (1) e le leggi del 24 agosto e 22 dicembre 1790 e il divieto stesso ripetuto con decreto dell'assemblea del 16 fruttidoro, anno III (2 settembre 1795).

E quindi ancora la origine del *Contenzioso amministrativo*, costituito colle leggi dell'anno VIII, del 22 frimaio e del 28 piovoso, in due gradi o sedi, l'una i consigli di prefettura, l'altra il consiglio di Stato. A quelle cause però, che generarono il contenzioso, un'altra se ne aggiunse d'ordine politico e transitorio, la necessità di afforzare, con istraordinarie facoltà, il potere in quelle supreme condizioni di guerre all'estero, di rivoluzione all'interno, massime per combattere le pretensioni de' nobili e del clero cercanti di riacquistare i perduti privilegi e la paura che questi nemici sfuggissero a' colpi della rivoluzione lasciando gl'interessi tra essi e lo Stato giudicare ed attuare a' magistrati ordinari. Da questa gelosia e da questa necessità, congiunta alle rimembranze spiacevoli degli antichi parlamenti giudiziari, si spiega e, sino ad un certo punto, si giustifica in Francia l'istituzione del Contenzioso amministrativo.

In Italia i principati adottano la istituzione ordinandola sulle basi medesime. Il Piemonte, con leggi del 1842 e 1847 prima, indi con quella del 20 novembre 1859, ordina a due gradi il magistrato del contenzioso, cioè in prima sede i *consigli d'intendenza* o *di governo*, in seconda la camera de' conti per le leggi sarde del 1842

(1) Cod. pen. fr., art. 127, 128, 129.

e 1847, il consiglio di Stato per quelle del 1859. Un egual sistema è stabilito negli Stati pontificii per l'editto del 25 luglio 1835.

Ma in Francia stessa pubblicisti e giureconsulti illustri si levarono contro tale istituzione, come il Broglie, il Bavoux, il Tocqueville, l'Hello (1), senza però riuscire che a imperfette riforme di rito e di competenza (2), mentre a favore del contenzioso amministrativo dissertavano chiari scrittori, come il Portalis, Henrion de Pansey, il Macarel, il Batbie.

Più fortunata fu la scienza in Italia. Il Romagnosi avea accettata e difesa la istituzione francese. Ma, al nostro tempo, per l'abolizione del contenzioso combatterono giureconsulti e pubblicisti, come il Mancini, il Mantellini, il Mari, il Piroli. Appoggiati a ragioni storiche, giuridiche e all'esempio e all'esperienza fatta in Inghilterra, in Belgio e in America, ove, a dire del Tocqueville, si penerebbe a far comprendere pur l'idea d'un *Contenzioso amministrativo* e perfino all'esperimento fatto in uno Stato italiano, la Toscana e, dopo il 1860, nelle Romagne e nell'Umbria, domandavano, in nome della scienza e della civiltà, l'abolizione dell'ibrido istituto. Nel 1864 si credette matura già la questione per tradurre questo desiderato in legge e dopo splendide e memorabili discussioni, ove la parte avversa alla riforma fu strenuamente rappresentata e difesa dalla eloquenza del Cordova, fu vinta la causa col l'approvazione del progetto, che, modellato sulla costituzione belga del 1831, sotto il nome di legge *sul contenzioso amministrativo* (3), contiene di questo l'abolizione in principio. Vi sono però a modo d'eccezione conservate le attribuzioni della corte dei conti in materia di contabilità e di pensioni, del consiglio di Stato in materia di prestito, di debito pubblico, di temporalità ed altre materie ecclesiastiche, di conflitti di attribuzione tra l'autorità amministrativa e giudiziaria: come eziandio sono mantenute le competenze d'altri corpi o collegi derivanti da leggi speciali, come quelle dei consigli di leva in materia di esenzioni militari e delle commis-

---

(1) V. il Tocqueville, *L'ancien régime et la révolution;* Bavoux, *Des empiétements de l'autorité adm. sur le pouvoir judiciaire*; Hello, *Du rég. const.*

(2) L'ordinanza reale del 1° giugno 1828.

(3) Legge 20 marzo 1865, alleg. *E;* regolam. per la esecuzione di essa legge 25 giugno 1865, n. 2361, pubbl. in Roma con D. 18 ottobre 1870, n. 5997 e con disp. trans. del 10 novembre 1870, n. 6015.

sioni in fatto di accertamenti di redditi per le imposte, della deputazione provinciale (ed ora delle commissioni) per le quistioni di *rito* elettorale, le quistioni di *capacità* elettorale essendo riserbate alle corti d'appello (1), eccezioni che si andarono assottigliando coll'abolizione della giurisdizione del consiglio di Stato in materia ecclesiastica per la legge del 13 marzo 1871, detta delle *guarantigie*, art. 17, e colla soppressione similmente della competenza del medesimo consiglio di Stato in fatto di conflitti di attribuzioni per la legge 31 marzo 1877.

### Art. 3. — *Il contenzioso amministrativo. Teorica e legislazione.*

Passando dalla storia alla teoria, poco è a dire della prima ipotesi, cioè di lasciare al potere amministrativo giudicare le cause del pubblico interesse. Frutto o d'incompleto svolgimento storico degli Stati, o del sistema dispotico in fatto di governo, questa ipotesi cadde colla civiltà e la giurisprudenza progredita e molto più coi principii del governo popolare o rappresentativo. Essa contrasta col più elementare principio di ragione giudiziaria, che nessuno dev'essere giudice in causa propria e col più ovvio concetto sia del criterio amministrativo e sia del criterio giudicante così profondamente distinti. Nè varrebbe a giustificarla qualunque garanzia di forma o procedimento che volesse usarsi a rendere imparziale l'amministratore od agente eretto a giudice, poichè egli è la profonda differenza dei criteri, è il contatto pericoloso dell'interesse col giudizio che rende quello intrinsecamente incompetente e parziale a giudicare. Ma non è più da indugiare sopra un principio, di cui ha fatto ragione la storia e la scienza e non resta più traccia tranne nell'aforisma costituzionale: *La giustizia emana dal Re*, e, solo in parte, nel sistema tutto tradizionale e speciale della vecchia Inghilterra.

Veniamo alla seconda ipotesi: il *contenzioso amministrativo*.

La idea del contenzioso amministrativo consiste in un magistrato collegiale che rileva ed emana e dipende dal potere amministrativo, ma giudica e sentenzia in questioni d'interesse dell'amministrazione pubblica sia senza le forme de' procedimenti giudiziali,

(1) Legge elett., art. 12, 52. — Legge com. e prov., art. 26, 37, 59 e seg. 75.

come orale e pubblica discussione, quale fu ne' primi periodi della sua vita; sia con esse forme, quale è stato presso noi prima delle ultime riforme e quale è tuttora in Francia. Il vero contenzioso amministrativo non è un tribunale speciale per materia, perocchè ha origine, organismo, attinenze tali che gli assicurino un criterio di giudizio diverso dal comune e col quale si intenda a tutelare quell'interesse pubblico, quella ragione pubblica che ne è la causa efficiente e lo scopo. Esso deve giudicare le controversie *dal punto di vista dell'interesse generale e da tribunali penetrati dal principio che nel dubbio è l'interesse generale che deve predominare* (1).

Quanto alla sua competenza, non ha esso sempre nella teoria o nella pratica la medesima estensione. In alcune leggi e secondo un'opinione più radicale e più antica, esso abbraccia tutte le materie dove l'amministrazione abbia interesse, sia diretto, sia indiretto; sia patrimoniale, sia politico. A questa opinione, che si riduce a far del *contenzioso amministrativo* una competenza privilegiata *ratione personae*, ma non mai, a vero dire, attuata in modo assoluto e completo, era presso a poco informata la prima istituzione francese dell'anno VIII (2), era informata la legge napolitana (3) e la pontificia (4). Una dottrina più moderata distingue gli atti dell'amministrazione pubblica, distingue cioè fra gli atti *patrimoniali* e gli atti *di governo;* o altrimenti gli atti che l'amministrazione fa come privato per la conservazione e gestione del suo patrimonio e gli atti che fa in quanto autorità pubblica e direttamente pel suo scopo sociale, come quelli che si riferiscono al governo, alla sicurezza e polizia, alla igiene e salute, all'ornato pubblico. Questa dottrina attribuisce alla competenza contenziosa tutte le cause dell'amministrazione in cui cadesse in quistione un atto amministrativo della seconda categoria, riservando alla giurisdizione ordinaria le controversie che s'aggirano sopra atti della prima. Anzi v'hanno autori, come il Cormenin e il Vivien, che questa prima categoria stessa di affari vogliono giudicati da un

---

(1) BATBIE, *Dr. publ. adm.*, vol. 6, § 368.

(2) V. VIVIEN, *Études adm.*, t. I, pag. 125.

(3) L. 21 marzo 1817, art. 3.

(4) Editto 25 luglio 1835 e circolari susseguenti. Vedi SERVICI, *Il contenzioso amministrativo.*

magistrato indipendente, inamovibile e con garanzia affatto giudiziaria, ciò che farebbe di questo istituto non più un terzo potere misto, ma un tribunale speciale, come ne abbiamo appunto per certe speciali materie, p. es. la corte de' conti.

Gli argomenti più comuni onde si difende la giurisdizione contenziosa del potere amministrativo sono i seguenti:

1. L'indipendenza e la responsabilità del potere amministrativo, la quale ripugna che esso sia giudicato nei suoi atti dal potere giudiziario e che le risoluzioni di quel potere soggiacciano al sindacato di questo. Da ciò dipende la ragion politica che si trae dal giusto timore delle irreparabili e universali conseguenze d'un errore o d'un arbitrio giudiziario in causa d'interesse pubblico.

2. La specialità de' criteri e delle cognizioni d'ordine legislativo e regolamentare, che si richiedono a ben giudicare di atti amministrativi e che non si può trovare ne' giudici ordinari.

3. La necessità di speditezza per gli affari amministrativi, la quale non patisce che questi rimangano sospesi durante le lunghe e lente procedure cui sono sottoposti gli ordinari giudizi. I danni della lentezza possono essere immensi e irreparabili, anche dopo che l'amministrazione abbia ottenuta vittoria nelle liti.

4. La storia, che sembra attestare in favore del sistema del contenzioso.

Esaminiamo questi argomenti.

La prima obbiezione è giuridica, perchè si trae dal concetto stesso del potere. Ma si fonda sopra una falsa idea della sua indipendenza e della libertà. La indipendenza e la libertà dei poteri debbono concepirsi in ordine alla loro sfera di azione e dentro i loro limiti. Ma l'azione e i limiti sono relativi alla rispettiva funzione, la quale è *gerire* e *amministrare* pel potere amministrativo, *giudicare*, cioè *dirimere le controversie* pel giudiziario. Deve dunque l'amministrativo esser libero e indipendente sinchè si tratta di *gerire* e *amministrare*, come libero e indipendente dev'essere il giudiziario dove trattasi di *giudicare*. Se l'uno volesse risolvere una controversia non sarebbe più indipendenza, ma usurpazione la sua, come sarebbe se l'altro volesse amministrare un negozio. La obbiezione nasce dal concepire la forza e la competenza del potere in modo *materiale* e non *formale*, cioè per *negozi* e non per *funzioni*. Ma chiarito questo concetto, come sopra si fece, la obbiezione svanisce, anzi si ritorce, poichè l'attribuire all'amministra-

zione facoltà di giudicare ripugna all'indipendenza de' poteri, non il contrario. Nè vale che questa facoltà le si conceda in affari di pubblico interesse, perocchè la *materia* non cambia la natura della funzione, nè quindi fa che meno sia offeso il principio d'indipendenza, anzi porta che ne sia offeso l'altro «*nemo judex in causa propria*». La indipendenza dunque dell'amministrazione reca questo soltanto come necessaria conseguenza e come suo diritto, che sia lasciata libera e indiscutibile da' tribunali nella sfera che la legge le assegna e in quella larghezza e discrezione di provvedimenti che è sua natura.

La verità è, che non l'indipendenza, ma la gelosia del potere è in causa. Ma questa, che è pure la origine storica della istituzione della giurisdizione amministrativa, è tutta d'ordine politico e non giuridico. In tale quistione la scienza giuridica, per non entrare in campo non suo, non può far che le sue proteste in nome dei principii del diritto e della giustizia, se la politica vuol fare del contenzioso un *jus singulare utilitatis causa introductum*. Ma deve anche aggiungere che il timore, anche avendo fondamento, non proverebbe contro il potere giudiziario più che non provi ogni altro abuso od errore in cause private, ed è da vedere se sarebbe estimabile in confronto a' serii inconvenienti ed abusi di un'amministrazione che giudica in causa propria: massimo quello della perduta fede nella giustizia. La possibilità e anche il fatto (nè noi omai più possiamo negarlo) di abusi o falli in cause di diritto pubblico, deve condurre il legislatore a riforme di ordinamento e di rito giudiziario in questa parte, che guarentiscano la giustizia non solo agli amministrati ma all'amministrazione, non mai ad un fòro privilegiato per questa.

Il secondo argomento, della specialità delle cognizioni e de' criteri che si richiedano a giudicare atti amministrativi, è in parte falso. Che il criterio dell'amministrare sia ben diverso da quello del giudicare, lo ammettiamo ed è argomento che appunto invocano i fautori dell'opposto sistema. Ma, quanto a giudicare, un solo deve essere il criterio, qualunque sia la legge o l'affare giudicabile, se è vero che giudicare significhi bene intendere ed applicare la legge. Ogni giudice poi, sia di causa amministrativa e di ordine pubblico, sia di causa civile e d'ordine privato, ha mestieri di conoscere tutto intero il sistema delle leggi per comprendere di ciascuna lo spirito. Nè le leggi che diconsi pubbliche o private sono

d'ordine sì distinto fra loro, che non si scambino vicendevolmente principii e ragioni, essendochè una legge di diritto pubblico involge rapporti di puro diritto civile tutte le volte che si riferisce alle persone e ai beni dei privati, come al rovescio quello che dicesi diritto civile contiene talvolta riguardi e ragioni d'ordine pubblico, quando *in publicam utilitatem constitutum est.* La ragione pubblica e la privata non sono che due applicazioni della idea del diritto a rapporti diversi o a persone diverse, quindi si contemperano sovente e si mescolano in un concetto indivisibile, tanto più ora che il diritto pubblico non si fonda più sovra dei privilegi, ma sulle intime ragioni del diritto e riposa su fondamenti morali.

Ma non può tuttavia negarsi che la cognizion di cause amministrative richieda scienza e sperienza di una special parte della legislazione e delle ragioni intime della medesima e un cotal arbitrio a estimare le circostanze, le condizioni di fatti d'ordine pubblico e vederne le conseguenze.

Però non condurrebbe questo a concludere per la istituzione di una giurisdizione amministrativa, ma tutto al più di un fôro o di un magistrato speciale, *ratione materiæ,* che è cosa ben distinta da quell'amministrativo contenzioso, che essendo composto di agenti amministrativi nominati e dipendenti dal potere esecutivo e senza garanzia di indipendenza e responsabilità e con criteri e attitudini amministrative, non è altro in fondo che l'amministrazione giudicante con appena un'apparenza di forme processuali.

Il bisogno di speditezza, che pur si adduce a difesa del contenzioso amministrativo non inferisce a suo favore. Codesta considerazione sarebbe utile al più in una quistione di forma procedurale, non in questa della istituzione di un tribunale eccezionale e anomalo. Avvi di più. La giurisdizione de' magistrati ordinari in cause dell'amministrazione nulla pregiudica alla speditezza di affari amministrativi, perchè essa, qual si concepisce dalla scienza e dalla legge stessa vigente (1), non cade punto sul *merito,* cioè valore *intrinseco* dell'atto amministrativo, ma sopra il suo valore *estrinseco,* cioè sull'effetto *giuridico* suo. L'autorità amministrativa non è quindi arrestata punto dal giudizio nel suo cammino. Che, se l'arresta il timore delle conseguenze dell'atto e il pensiero di una possibile rivocazione, questo se chiamisi inconveniente, che non è,

(1) V. legge sul contenz. amm., art. 4, 5.

ed è anzi salutare freno, sussiste anche nella ipotesi del ricorso puramente amministrativo, nè può altrimenti ovviarsi che sopprimendo ogni responsabilità e proclamando il pieno arbitrio dell'amministrazione, il che è iniquo ed assurdo.

La precedente disquisizione ci conduce irresistibilmente a pronunziarci contro la istituzione del contenzioso amministrativo. Questa istituzione pecca costituzionalmente contro il principio della divisione de' poteri, la quale se non importa nel suo concetto che ciascuno d'essi sia legato ad organo distinto, potendo a questa medesima funzione concorrere più organi, importa però che ciò sia fatto in maniera che la unità della funzione non si scinda materialmente, nè si divida la medesima in gruppi rifrangendoli fra più organi. Così all'opera legislativa concorre, oltre il Parlamento, suo proprio e nativo organo, anche il Re capo del potere esecutivo; ma ciò non è fatto in maniera che al Parlamento appartenga di far un gruppo di leggi in certe materie, al Re un altro, bensì che all'esclusiva opera legislativa del Parlamento il Re si associ col sancire le leggi. Anche il Parlamento ha funzioni d'ordine esecutivo superiore, ma non già riservandosi una parte materiale di negozi, bensì dirigendo dall'alto, sorvegliando e sindacando la gestione di chi amministra. E così pure chi dirà scissa la funzione giudiziaria perchè il Re nomina i magistrati e modera le sentenze col diritto di grazia, o perchè il potere esecutivo aiuta la giustizia mediante il *pubblico ministero?* Ma ben rotta e materialmente divisa è la giurisdizione quando essa si spezza per materie ed una parte se ne dà ad organo che per nativa missione è destinato a tutt'altra funzione, come appunto del contenzioso amministrativo avviene.

Da questo vizio costituzionale ne risulta uno giuridico ed è il mancare al contenzioso amministrativo la natural competenza e attitudine alla funzione del giudicare. Imperocchè, scissa materialmente la giurisdizione e datane parte a un potere diverso dal suo nativo, ne risulta che essa è data a un potere incompetente, ogni potere essendo creato da e per la funzione sua propria. Come nell'ordine fisico e fisiologico, come nel morale ogni forza ha la sua attitudine cui conserva e perfeziona l'uso e l'esercizio; l'organo amministrativo, fatto per l'amministrazione, per essa si svolge, si conserva, si perfeziona. L'agente amministrativo acquista così i suoi criteri, le sue attitudini ed abitudini, certi *punti di vista* suoi proprii. È una coscienza, è un istinto, è come una natura parti-

colare che in lui se ne forma. Date a questo una funzione diversa, sopraggiunta, avventizia, che domanda criteri tanto diversi e tanta diversa abilità, come quella di risolvere i conflitti giuridici, e necessariamente ne segue la incompetenza e cattiva amministrazione di quella parte di giustizia e quindi il danno inevitabile di questa.

E aggiungasi, dell'amministrazione. Imperocchè quantunque sia vero che l'amministrazione della giustizia come qualità adiettizia all'amministrazione risenta dalla confusione de' due poteri nell'organo medesimo più danno che non l'amministrazione, che essendo principale attributo soverchia e tiranneggia l'altro: e che più la giustizia si possa corrompere al contatto dell'interesse, che non questo al contatto di quella; tuttavia pure un danno da questa confusione certo l'amministrazione risentirà. Il contatto del criterio giudiziario guasterà anche l'amministrativo, lo renderà più analitico, più scrupoloso, più lento: cose ripugnanti a buona amministrazione.

Ma contro i principii di buona amministrazione della giustizia, anche per altra e più forte ragione pecca l'amministrativo-contenzioso. Ed è ch'esso giudica non solo in causa ove è incompetente, ma in causa propria: incompetenza *tecnica:* incompetenza *morale.* Se l'amministrazione in tutte le cause è incompetente, molto più in quelle ove è interessata. Colla parzialità poi del giudice sparisce anche la eguaglianza delle parti contendenti, legge fondamentale nei giudizi.

Nè vale il dire che la *parzialità,* che viene dall'interessamento nella causa propria, non può applicarsi all'amministrazione che è autorità pubblica, da non mai confondersi con la persona che la rappresenta. Imperocchè tale distinzione è impossibile e nel concetto e nella pratica. L'autorità s'incarna nella persona e s'immedesima in lei per modo che l'interesse di essa vi si personifica. Non sarebbe nemmeno buono nè desiderabile, pel bene pubblico, che la persona che lo cura non vi pigliasse un interesse speciale, poichè a ciò deve portarlo il dovere, l'abitudine ed anche l'amor proprio. La coscienza del magistrato è pur sempre coscienza dell'uomo e l'interesse che egli ha e deve avere per la pubblica cosa è sempre, benchè di ordine superiore e morale, un interesse suo. Ma v'ha eziandio un interesse veramente suo e personale dacchè l'atto, onde è originata la controversia e sul quale la controversia cade, è atto suo proprio o di persona cui lo legano vincoli di collega e forse

responsabilità di superiore, se non anche ossequio e speranza, o timore di subalterno.

La istituzione quindi che esaminiamo sconosce la legge di eguaglianza della persona pubblica colla privata nel campo del diritto. Non è più vero, nel diritto pubblico moderno, che il diritto pubblico prevale al privato. È solo l'interesse pubblico che al privato prevale, ma ciò avviene per un principio superiore che impone al privato il sacrificio e leva al suo interesse la natura giuridica. Ma, costituito il suo diritto, esso è alla pari del diritto della persona pubblica, nè men sacro di esso e alla pari dev'essere giudicato. Il contenzioso amministrativo è dunque un privilegio.

La storia finalmente condanna questa istituzione. La condanna nella sua origine, la condanna co' suoi risultati. Il potere contenzioso amministrativo può dirsi, in confronto al sistema che storicamente lo precede, che fa cioè dalla stessa amministrazione pura risolvere tutte le quistioni anche giuridiche incidenti, un progresso, perchè ha sembianza e forma di giudizio e anche perchè suppone la separazione de' due poteri, ma non per questo non partecipa a' vizi di quel sistema medesimo, poichè è emanazione sempre del potere esecutivo. Un sistema che scinde la giurisdizione e chiama alle sue naturali funzioni il meno competente, il meno imparziale dei poteri pubblici, non poteva essere che figlio di diffidenza e di gelosia o di transitorie politiche necessità, come fu. Esso fu dunque la conseguenza di combinazioni storiche speciali e non nostre. Le tradizioni del diritto italiano (1) sconobbero questo istituto e la pienezza e unità della giudicatura fu riconosciuta anche sotto i governi assoluti. Gli effetti poi ne comprovarono la prava origine e la giustizia resa da questa istituzione fu riconosciuta partigiana e, forse anche quando nol fu, lasciò insoddisfatti gli animi de' contendenti pel sospetto con cui la si doveva riguardare. E l'opinione e il convincimento della imparzialità de' giudicanti non è meno prezioso alla società e necessario che non sia la imparzialità stessa.

---

(1) V. L. 29, § 6, 7 *ad leg. Aq. tit. de mag. conven.* Anche la riunione delle due funzioni in un solo organo fu speciale, empirica, non per privilegio. L'edile, il questore, era anche vero *giudice,* non amministratore giudicante. E giudicava collo spirito *contra fiscum* (MODEST.), *non pro fisco* (BATBIE). Il fisco non ebbe privilegio di foro (V. sopra p. 57) molto meno istituzione e giurisdizione privilegiata in sua materia.

La discussione adunque sin qui fatta prova sotto tutti gli aspetti, costituzionale, giuridico, storico, pratico, l'anomalia del potere contenzioso amministrativo. Tolto via questo, deve restare la *giurisdizione una*. Ogni potere o funzione deve avere il suo proprio organo. Tali sono i magistrati; ogni altro sarebbe eterogeneo ed intruso. Il solo potere giudiziario deve giudicare. *Una lex, una jurisdictio*. Codesta dote dell'unità della giurisdizione dev'essere sacra per la sicurezza del diritto e pareva consacrata nello Statuto, dove si diceva che « *niuno dev'essere distolto dai suoi giudici naturali* » (1). Contro di esso stavano nemici: l'uso di giudici straordinari o privilegiati o eccezionali e poi il contenzioso amministrativo. Il primo quasi del tutto cessò, restando solo la specialità di magistrati per materie. Ma peggiore del primo era il secondo e doveva cessare anch'esso.

E infatti in Italia, per la legge del 1865, fu abolita e proclamata la unità della giurisdizione, la piena libertà di giudizio anche di fronte agli atti del potere esecutivo (2), appunto sull'esempio e sul testo della costituzione belga: eccetto le questioni catastali e d'imposte prima della pubblicazione de' ruoli (3) e salvo la giurisdizione del consiglio di Stato e della corte de' conti in materia di contabilità e pensioni (4). Abolito il potere misto del contenzioso amministrativo, la legge fissò i confini fra' due soli poteri rimasti di fronte, l'amministrativo e giudiziario, presso a poco colla formula della scienza, dando cioè al giudiziario la *cognizione de' diritti*, cioè di ogni controversia ove si tratta di un *diritto leso*, siavi o no interessata la pubblica amministrazione: all'amministrativo tutti gli *affari*, cioè gli *interessi*, ossia l'apprezzamento e la valutazione più opportuna degl'interessi. Vedremo come questa intenzione del legislatore fu in parte delusa alla pratica e come questa volta la giurisprudenza fu assai al di sotto delle leggi. Vedremo anche come il contenzioso risurse sotto altre forme per le leggi del 1889 e 1890. Dobbiamo ora procedere teoricamente.

---

(1) Art. 71.

(2) Art. 1, 2, 5 legge 20 marzo 1865, alleg. *E*.

(3) Art. 6.

(4) Art. 12.

### Art. 4. — *Atti di gestione e atti di governo.*

Se la competenza de' magistrati ordinari dev'essere sola e piena e ad essa soggiacere anche la pubblica amministrazione, quando si tratti di controversie giuridiche sorgenti dagli atti suoi, non dovrà almeno farsi la distinzione fra atti di *gestione* e atti di *governo*, fra quegli atti cioè in cui l'autorità agisce come ente collettivo e quelli in cui agisce come parte del tutto sociale secondo la distinzione del Grozio (1)? Rimane ad esaminare tale questione speciale di sopra enunciata.

L'argomento col quale si difende questa distinzione sta nell'inviolabilità dell'amministrazione procedente negli atti di governo come autorità pubblica. Sinchè essa proceda e figuri come persona meramente giuridica, p. es. come proprietaria, come posseditrice, come contraente, come avente diritti di servitù o altri patrimoniali qualunque, si conviene e si ammette (e lo ammise la giurisprudenza e la dottrina anche sotto legislazioni assolule in materia) che l'amministrazione «*privati jure utitur*». Ma quando essa viene colla veste di autorità moderatrice e ordinatrice del consorzio sociale e per lo scopo diretto del bene pubblico, del cui conseguimento essa ha la responsabilità, allora, si dice, non può il potere essere nei suoi atti giudicato da un altro potere, nè contendere alla pari col privato senza sconoscere l'autorità, menomare le guarentigie pubbliche e addurre in pericolo le pubbliche utilità. Insomma il diritto d'indipendenza, il bisogno di una competenza propria inviolabile e di speciali procedimenti reclamano la distinzione di cui si tratta.

La esposta argomentazione non è, com'è di per sè chiaro, se non la riproduzione degli argomenti per la tesi generale del contenzioso amministrativo, che hanno sembiante di più efficaci in ordine agli atti *discrezionali* e di governo. Ma la risposta non muta. La indipendenza e la inviolabilità dell'atto amministrativo vale sul terreno amministrativo, non sul terreno *contenzioso*. Quindi, se dall'atto sorge controversia giuridica, muta la competenza perchè muta la funzione. Il potere amministrativo non può, non deve più giudicare la causa.

---

(1) *De I. B. et P.*, II, c. 4, n. XII.

Nè la responsabilità, nè la libertà, nè lo scopo, nè l'autorità del potere ne rimangono scemate. La libertà del potere, che dicesi autorità, non è cosa essenzialmente diversa dalla libertà del privato, che dicesi semplicemente libertà: il concetto giuridico è il medesimo. Come l'intervento del giudice nella controversia non lede la libertà privata, così nemmeno l'autorità pubblica. Anche il privato è libero entro la sua sfera, sinchè non sorge controversia, cioè conflitto della sua libertà con altra libertà. Anche il padre di famiglia ha libertà, anzi *autorità* nella cerchia domestica. Nè per questo i conflitti di diritto, che sorgono tra esso ed altra libertà operante, sono da giudicarsi meno dal magistrato, o questo giudicandone offende l'autorità paterna. Ma, si replica, l'atto d'impero è di tal natura che nessuno, fuorchè la podestà amministrativa, può giudicare della convenienza ed opportunità sua. Verissimo, ed è per questo che il giudizio sul merito dell'atto, facendo parte della libertà dell'autorità amministrativa, dev'essere lasciato integro ad essa, nè il giudice può menomamente offenderlo o usurparlo. Ma questo medesimo avviene perchè è suo diritto e il magistrato deve non solo rispettarlo, ma tutelarlo. Il che per altro non toglie nè menoma la *competenza naturale* del giudice a giudicare della controversia, poichè, all'infuori anche del merito dell'atto amministrativo, la controversia giuridica può sempre nascere da tale atto.

## ART. 5.

### *Criteri dei limiti tra amministrazione e giurisdizione.*

La separazione delle due potestà per le due funzioni distinte del *giudicare* e del *gerire*, logicamente condurrebbe a negare la quistione di *competenza* o di *conflitto*. Parrebbe infatti non potervi essere dubbio di competenza quando la giustizia è una, uno il giudice, cioè l'ordinario magistrato, il quale non potrebbe per natura delle cose usurpare le funzioni amministrative e prendere de' provvedimenti. Potrebbe esservi abuso e fuorviamento di giudizio, nel mal giudicare un atto amministrativo in rapporto al diritto privato. Potrebbe esservi questione di pertinenza o proponibilità di azione. Ma non potrebbe esservi dubbio di competenza, nè conflitto mai finchè il giudice si limiti a giudicare. Ciò peraltro non è vero che in teoria. In verità la legge non ha voluto permettere al ma-

gistrato nemmeno il *giudizio,* quando questo versasse sopra il merito di atti amministrativi. Quindi la necessità di criteri de' limiti.

Ora, la quistione di competenza per regola generale di procedimento dovendo risolversi dalla domanda, prima cosa a vedere si è se la domanda involge una quistione di diritto. Pertanto la *quistionabilità* del diritto civile o politico è il primo e più generale criterio di competenza giudiziaria o amministrativa tracciato dall'art. 2 della legge 1865, all. *E.*

Ciò che s'intende per quistionabilità di diritto si vedrà or ora. Ma che significa diritto *civile* o *politico?* Tali parole a nostro intendimento non sono poste a denotare due determinate specie di diritto, in esclusione di altre, ma ad abbracciarle tutte estendendo la parola *civile,* benchè già abbastanza larga, anche alle facoltà politiche consacrate come diritti dalle leggi. Quindi i diritti cosiddetti *civici,* p. es., debbono intendervisi compresi.

Applicando il criterio generale della *quistionabilità* di diritto al caso, che è il più ordinario, di controversie nascenti da atti amministrativi che si giudicano aver danneggiato i privati diritti, ne segue come conseguenza logica la incompetenza dell'autorità giudiziaria a giudicare dell'atto amministrativo in quanto *tale,* essendo questione questa di amministrazione e non di diritto. Pur tuttavia la legge consacra a ciò un criterio esplicito, all'art. 4, collo stabilire che *quando la controversia cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto amministrativo,* non di questo, ma dei suoi effetti soli debba il giudice conoscere.

Che ha da intendersi per *atto amministrativo* nel senso della legge perchè goda di questa prerogativa dell'art. 4? Deve intendersi qualunque atto o fatto o provvedimento, ordine od esecuzione d'ordine dell'amministrazione pubblica come tale, agente immediatamente pei suoi fini, non un fatto meramente contrattuale, un atto di pura gestione patrimoniale.

Ciò premesso, l'art. 4 pone una distinzione fra l'atto amministrativo e i suoi effetti. Esso limita la facoltà de' tribunali a conoscere degli *effetti* dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. Si domanda: come si può e sino a qual punto giudicare degli effetti giuridici dell'atto, senza giudicare dell'atto? Si può almeno *conoscere,* se non giudicare, dell'atto all'intendimento di giudicare degli effetti, o si dovrà giudicare solo di quegli effetti che sono indipendenti dal giudizio sull'atto? Dovrà il giudice aste-

nersi solo dal rivocare o modificare l'atto, o anche dal dichiarare la sua nullità, ingiustizia o inefficacia giuridica? Risponderemo a tali quistioni, che, come si vede, sono intimamente fra loro connesse.

Siccome l'autorità giudiziaria non può giudicare se non sulla questione giuridica, cioè sul diritto *leso,* e la sua giurisdizione non è provocata se non da una domanda e sopra caso *concreto;* essa non può estendere la sua indagine sull'atto se non in quanto è necessario a conoscere della *lesione* di diritto affermata nel giudizio. Quindi anche allora che a tale effetto indagasse la legittimità dell'atto, non deve pronunciare però se non sulla *conseguenza giuridica* prodotta e dedotta in giudizio. Onde se l'atto è generale, p. es. un regolamento, il giudice non può pronunciarne la *inefficacia* che rispettivamente al caso controverso, ma non la nullità, revoca o modificazione generale, il che è solo còmpito dell'autorità stessa amministrativa superiore. Da ciò segue che l'atto amministrativo pronunziato inefficace al caso concreto per lo effetto di ristorare il diritto leso dedotto in giudizio può sussistere tuttavia ancora per altri casi e per altri effetti.

Che, se trattisi di un provvedimento concreto, il tribunale potrà, a *pronunciar* sull'effetto, conoscere anche dell'atto? L'art. 4 limita i tribunali a *conoscere* degli *effetti* dell'atto, ciò che sembra escludere sin la cognizione dell'atto in se stesso. Di qua la giurisprudenza del consiglio di Stato che vieta discutere la legittimità e il valore dell'atto sia pure per gli effetti giuridici: ondechè la cognizione e il giudizio de' tribunali sarebbe limitato a que' soli effetti giuridici i quali sono indipendenti dal valore dell'atto e sussistono per sè, quali sarebbero le indennità e i compensi per le lesioni di diritto. Il disputare del valore dell'atto, si dice, sia pure all'effetto di una semplice *dichiarazione* della sua illegittimità e di decidere sulle sue conseguenze, offenderebbe il merito dell'atto e l'indipendenza del potere amministrativo (1).

Ma la interpretazione opposta è la più vera. Essa risulta in prima dalle disposizioni comparate dell'articolo secondo, del capoverso del quarto e del quinto articolo. Se infatti sono devolute all'amministrazione ordinaria tutte le cause in cui si faccia quistione di un diritto, ancorchè vi sia di mezzo un provvedimento

(1) MANTELLINI, *Conflitti,* I, 72, 73, 81, 82, 86; III, 58, 63 in fine e 64 in pr., 169.

amministrativo (art. 2); se l'atto non può esser revocato o modificato se non sopra ricorso all'autorità stessa amministrativa, ma questa deve conformarsi al giudicato de' tribunali in quanto riguardo il caso deciso dal giudice, ciò che presuppone necessariamente un atto dichiarato almeno illegittimo ed esclude che si tratti solo di effetti indipendenti dell'atto (art. 4, cap.); se infine l'autorità giudiziaria non applica gli atti amministrativi se non in quanto *siano conformi alle leggi* (art. 5); forza è che il giudice possa e debba conoscere e discutere il vero valore legittimo dell'atto, salvo a non revocarlo o modificarlo, ma solo a *dichiararne* la illegittimità. Lo spirito della legge, che è quello della indipendenza delle due podestà ne' limiti delle rispettive funzioni, non esige di più: non importa l'astensione del giudice dalla cognizione, ma solo dall'annullamento diretto ed esecutorio dell'atto quando questo ha offeso il diritto. Se fosse altrimenti, il più delle volte sarebbe illusoria la giurisdizione de' tribunali sugli effetti stessi giuridici. Infatti il più delle volte l'effetto giuridico, cioè la lesione del diritto è dipendente dal valore dell'atto e connesso colla quistione della sua legittimità, poichè intanto il diritto è leso o no, intanto il danno risulta *giuridico* o semplicemente *materiale*, in quanto legittimo o non legittimo fu il provvedimento che lo produsse. In questo senso è quasi tutta la giurisprudenza delle corti giudiziarie e a questo sembra s'informasse il legislatore, come risulta dalle affermazioni di coloro che ispirarono la legge (1).

Ma, conosciuta dal giudice la illegittimità dell'atto, può esso andare sino a modificarlo e annullarlo direttamente e mediante la esecuzione della propria sentenza? La libertà e dignità del potere amministrante parve al legislatore richiedere che anche dichiarata la illegittimità dell'atto non sia però esso dal tribunale revocato nè modificato e il far questo lasciò alla stessa autorità amministrativa, limitando l'autorità giudiziaria a provvedere alla ristaurazione e riparazione del danno in quanto sia possibile senza distruggere l'atto medesimo per ristorare il diritto offeso.

Tale temperamento d'ordine meramente politico e che sembra genericamente sancito dalla vigente legge (2), ha luogo anche in

(1) Vedi relazione MANCINI, *Sulla responsabilità dei funzionari* (Camera, 1876, doc. 18, pag. 10) e le relazioni sui *Conflitti di attribuz.* (Camera, sessione 1876, 1877 nei doc.).

(2) Art. 4.

un atto che sia illegittimo per incompetenza assoluta? Si può dubitarne perchè tale atto non parrebbe meritare propriamente il nome di *amministrativo*. Ma la legge non distingue: per atto amministrativo intende un atto dell'amministrazione, cioè del magistrato amministrativo. Del resto il temperamento non ha punto indole giuridica. Imperocchè non è sempre possibile di ristorare il diritto leso senza rimuoverne la causa e rivocar l'atto, massime quando esso ha indole stabile e permanente. Se può stare la distinzione fra l'atto e le conseguenze giuridiche dell'atto, quando si tratta di atto generico, o anche quando si tratta di effetti giuridici e transitori ristorabili indipendentemente dalla revoca dell'atto, non può spingersi però sino là dove la riparazione dell'effetto sia inseparabile dalla rivocazione dell'atto stesso, p. es. il caso di un divieto od ostacolo posto all'uso della mia proprietà o di altro mio diritto. E, posta la necessità di rivocar l'atto, necessità che la stessa legge riconosce, dovrebbe attribuirsene lo adempimento alla stessa autorità decidente e non riserbarla invece all'autorità amministrante, negando così, contro un principio di ordine giudiziario, al giudice la esecuzione del proprio giudicato, limitando l'atto giudiziario a un'accademica, platonica e inerme dichiarazione di diritto.

Che abbia poi voluto intender la legge coll'ingiungere all'autorità amministrativa *di uniformarsi al giudicato per quanto riguarda il caso deciso*, se cioè questa obbligazione vada sino alla ripristinazione delle cose, o anch'essa non si estenda che alla sola riparazione equivalente del danno, è dubbio. Ma, visto che il giudicato non può ordinare la ripristinazione, ma solo dichiarare la lesione del diritto, parrebbe doversi inferire che l'amministrazione non sia tenuta se non al risarcimento, salvo la facoltà di distruggere l'atto istesso (1). Però il contrario può ben ritenersi, visto che la dichiazione si fa sulla lesione del diritto e a tale dichiarazione deve l'autorità uniformarsi, e visto che in quanto al risarcimento, cioè all'effetto giuridico che è indipendente dall'atto amministrativo, esso può essere direttamente dal giudice ordinato ed eseguito (2).

---

(1) Bonasi, *Della respons. dei pubbl. funzionari*, n. 329. V. anche la cit. relazione Mancini al progetto di legge sui *Conflitti di attrib.*, pag. 10; Mantellini, *Conflitti*.

(2) Lo stesso Mantellini, *Conflitti*, III, 58, 63.

Ora, supposto questo essere il senso della legge, *quid* se l'autorità si negasse ad uniformarsi al giudicato? Come costringerla? E per quale autorità? Evidentemente, negata alla sentenza del giudice la esecuzione, non restava che il reclamo amministrativo in via gerarchica (1) ed ora, per la riforma del 1889, il ricorso alla IV sezione del consiglio di Stato, come vedremo.

Ma il principio che il potere giudiziario deve sempre giudicare delle conseguenze giuridiche di un atto amministrativo e dichiarare a questo scopo la illegalità dell'atto, deve incontrare una limitazione in altri principii che verremo meglio esponendo, e segnatamente è a dirsi non essere applicabile se non quando sia possibile giudicare delle conseguenze senza addentrarsi nel merito, ossia nella convenienza ed opportunità dell'atto amministrativo. Quando la conseguenza giuridica, cioè la lesione del diritto non può stabilirsi senza presupporre l'*abuso,* l'autorità giudiziaria non può pronunciare quella lesione, poichè, non potendo pronunciare l'*abuso,* resta la presunzione dell'*uso giusto,* quindi la facoltà e il diritto dell'amministrazione. Ma ciò verrà meglio dichiarato nell'articolo seguente.

La regola poi che l'autorità giudiziaria debba rispettare l'atto amministrativo è vera nel senso *negativo,* non nel senso *positivo.* Imperocchè non può il giudice annullare, nè revocare, nè modificare l'atto in sè, ma può negargli la sua esecuzione, ed opporgli, come si dice, una forza d'inerzia allorquando l'atto è invocato dall'amministrazione stessa o da un terzo interessato come titolo da cui intende desumere un diritto (2).

### Art. 6. — *Analisi dell'atto amministrativo.*
### *Legittimità e merito. — Incompetenza, eccesso, abuso.*

Se l'autorità giudiziaria è competente, come si provò, a conoscere dell'atto amministrativo in ordine alle conseguenze giuridiche, lo è forse assolutamente o dentro certi limiti? Già trattando la questione generale fu accennato a distinzione tra *legittimità* e *merito.* È di capitale importanza illustrare una tale distinzione. La

(1) C. A. Napoli, 22 luglio 1868, *Bettini,* XX, II, 652 e 653.

(2) Cit. legge 20 marzo 1865, alleg. *E,* art. 5, trad. dall'art. 107 della costituzione belga del settembre 1831.

legittimità dell'atto, ossia la sua conformità alla legge, si riferisce o alla competenza dell'autorità, o alle condizioni e ai limiti, o alle forme. Il merito è quanto riguarda l'applicazione, ossia l'uso delle facoltà nel caso concreto, cioè la ragione speciale, la convenienza, la opportunità dell'atto. Un atto può essere legittimo e cattivo; può essere illegittimo e buono. La mancanza di legittimità relativamente alla persona, quando cioè l'autore dell'atto non sia investito del potere di eseguirlo, dicesi *incompetenza;* la illegittimità relativamente alle condizioni, o limiti, o alle forme prescritte dalla legge, dicesi più propriamente *eccesso* di potere ed è una varietà della stessa *incompetenza* (1), e che può dirsi incompetenza *relativa,* a differenza dell'altra che pur dicesi *assoluta;* non però equivalgono, ma si differenziano negli effetti, come si vedrà. Tali vizi portano di regola nullità dell'atto. Il vizio infine del merito, cioè il difetto di ragione, di opportunità o di convenienza, dicesi *abuso* o *ingiustizia.*

Ora la controversia che nascesse sulla legittimità di un atto da cui si pretende leso un diritto, come pure sulla intelligenza di esso, è controversia essenzialmente giuridica, nè entra nella libertà discrezionale dell'atto amministrativo. In questa entra soltanto la questione dell'*abuso.* Quindi l'autorità giudiziaria non è competente nella seconda (2), ma sì nella prima questione (3). Ciò si ricava in prima dagli articoli 2 e 4, ove si parla di « *diritto leso* », perocchè diritto è l'interesse assistito da *legge,* onde la violazione di questa è violazione del diritto. E si ricava ancor meglio dall'art. 5 della legge medesima: « *Le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi e i regolamenti generali in quanto siano conformi alle leggi* ». Il che oltre al dare al giudice la facoltà passiva di resistenza, negando applicazione agli atti *difformi* dalla

(1) V. relaz. MANTELLINI nei *Conflitti d'attribuzione* (Camera, 1876-77, docum. n. 12, *A*). Della distinzione sottile ragiona OTTO MAYER, *Theorie des Französischen Verwaltungsrechts,* § 22, Strassburg, 1886.

(2) V. in ordine a quistioni d'impiegati la Corte d'appello di Macerata, sentenza 21 febbraio 1871 e Cassazione di Firenze 30 marzo 1861 (*Manuale degli ammin.,* 1871, fogl. 247, 206).

(3) Quanto alle forme, la Corte d'appello di Napoli decise incompetente l'autorità giudiziaria a giudicare nullo per queste un atto amministrativo; sentenza 24 settembre 1873 (*Manuale degli amministratori*, 1873, p. 359). V. MANTELLINI, *Conflitti,* II, p. 115 e 116.

legge, importa di logica necessità la facoltà attiva di dichiarare la nullità per lo stesso motivo a domanda di colui il cui diritto ne fu offeso, poichè la legge rende competente l'autorità giudiziaria in ogni quistione di diritto. Diversamente sarebbe pel merito, secondo la legge del 1865, se la riforma del 1889, 1890, di cui si parlerà più innanzi, non avesse modificato questo punto, accordando il giudizio anche sulla intrinseca giustizia dell'atto in certi casi determinati, riaccostandosi così a' più liberali principii che governano le istituzioni d'altri paesi. Senonchè l'antica giurisprudenza del consiglio di Stato, anche in punto di legittimità, non ammise la competenza giudiziaria nemmeno dopo la legge del 1865 (1).

Nè a ritenere competente il giudice, in quistioni di legittimità, punto ostava l'art. 9, n. 4, oggi art. 12, della legge sul consiglio di Stato, ove, fra i casi in cui il parere di esso consiglio è per legge richiesto, si enumera quello dei *ricorsi* fatti al Re contro la legittimità di provvedimenti amministrativi. E neppure l'art. 8 della legge comunale, che non vuole siano chiamati i prefetti a render conto dell'esercizio delle loro funzioni, fuorchè dalla superiore autorità amministrativa, nè sottoposti a procedimento per alcun atto di tale esercizio senza autorizzazione del Re, previo parere del consiglio di Stato. Imperocchè lasciando d'indagare se per legittimità voglia la legge intendere non la competenza e la legalità dell'atto, come noi intendiamo, ma l'uso retto di esso, nel qual senso sarebbe esclusa la competenza giudiziaria secondo i nostri principii; e ponendo pure, che la legge intenda nel citato art. 12 per legittimità la stessa significazione stretta e tecnica che noi diamo a questo vocabolo; è da riflettere che, come l'azione giudiziale non esclude mai il ricorso amministrativo, così non è meraviglia se l'art. 12 della legge sul consiglio di Stato contempli il caso di tale ricorso contro la *legittimità* di provvedimenti amministrativi e richiegga in tal caso che sia interpellato quel supremo consesso.

In quanto poi all'art. 8 della legge comunale e provinciale, è da considerare che il diniego fatto ad altri che alla superiore autorità amministrativa, di chiamare i prefetti e i sindaci a rendere conto dell'esercizio delle loro funzioni, è cosa ben differente dal diniego dell'azione giudiziaria avverso la legittimità dell'atto per la

(1) Vedi la giurispr. nel MANTELLINI, *Conflitti;* e nel PINTOR-MAMELI, *Competenza giurid. e amm.*

reintegrazione d'un diritto offeso, non solo perchè l'azione giudiziaria cadendo sopra oggetto tutto particolare non importa un sindacato sulle funzioni amministrative del prefetto o del sindaco, ma ancora perchè il giudizio, aggirandosi sulle conseguenze giuridiche dell'atto e sulla natura pur giuridica dell'atto medesimo, ed evitando discuterne il merito amministrativo, non cade mai sull'uso buono o cattivo delle sue facoltà, nel che consiste principalmente l'idea del sindacato o del rendere conto. Il divieto poi di procedere per *gli atti dell'esercizio delle funzioni,* cioè pei singoli atti amministrativi, che si soggiunge nel secondo comma dell'art. 8, non essendo assoluto, ma condizionato, e cessando dietro l'ottenuta preventiva autorizzazione, non toglie, ma conferma la competenza dell'azione giudiziaria. Oltre di che se una tale medesima autorizzazione preventiva sia necessaria o no, anche nei procedimenti puramente civili, se lo sia quando il prefetto è citato in giudizio come tale, o solo quando lo sia in persona propria, sono questioni delle quali altrove dovremo pure occuparci.

Non è possibile d'impugnare all'autorità giudiziaria la cognizione sulla legittimità dell'atto senza distruggere tutto il sistema della legge e senza renderla illusoria (1). Imperocchè la cognizione dell'effetto giuridico è sovente impossibile, come si avvertiva, senza la nozione della causa pur giuridica, nè la quistione del diritto leso può il più delle volte farsi indipendentemente da quella sulla legittimità dell'atto ledente. Supposta la legittimità dell'atto, sparisce giuridicamente la possibilità di una lesione del diritto, se è vero che *qui jure suo utitur nemini injuriam facit* e che ogni lesione di diritto presuppone una causa illegittima che la produca. Le due quistioni nel più de' casi si avvicendano e si reciprocano. Ed era già molto concedere che l'autorità giudiziaria fosse per la legge del 1865 incompetente a giudicar dell'uso buono o cattivo delle facoltà, eziandio pei soli effetti giuridici. Estender poi tale incompetenza anche al giudizio sulle facoltà, sulle condizioni, sulle formalità dell'atto, equivaleva a lasciare il giudizio del diritto leso quasi sempre senza fondamento legale, poichè quel giudizio non sarebbe possibile se non in rarissimi casi di evidente conflitto del diritto pubblico col privato, dove cioè la legge avesse autorizzato

(1) *Contra* il Consiglio di Stato, Affar. Ansaldi, Macario ed altri (MANTELLINI, *Conflitti,* I, 79, 82 e III, 63).

atti che violano le proprietà, e neppure in tali casi rimarrebbe sempre integra la quistione degli effetti giuridici e della lesione del diritto, se quella supposta legge non li avesse o esplicitamente o implicitamente riservati. Tutto quindi il sistema di questa riforma capitale *sui limiti* si sarebbe ridotto ad un circolo vizioso, in cui le controversie eternamente si aggirerebbero, dove il privato argomentando dalla sua proprietà in astratto, l'amministrazione dall'astratta e presunta legittimità dell'atto suo, il giudice non avrebbe avuto per uscirne alcun bandolo.

Quel che si dice dell'incompetenza, si deve dire dell'eccesso. La distinzione tra l'una e l'altro concetto esiste anche per effetti penali (1). Esiste nella giurisprudenza del consiglio di Stato, che ha facoltà di giudicare degli *eccessi di potere o d'incompetenza assoluta* (2): nei giudicati dalla corte de' conti, dove si parla di eccesso e di usurpazione di funzioni appartenenti ad altro magistrato giudiziario od amministrativo (3). Esiste poi la differenza riconfermata più che mai nella legge sul consiglio di Stato del 1889 e nella legge sulla giustizia amministrativa del 1890 e complicata coll'aggiunta del terzo membro, cioè violazione di legge, che non sia nè l'una nè l'altro. Il legislatore non doveva affidare a distinzioni sottili, vaghe, non definite teoricamente categorie legali e di effetti svariati. Quindi la controversia si fa sempre più arbitraria nella dottrina e nel fòro, in Italia ed altrove. L'Henrion de Pansey (4) definisce l'eccesso del potere, ossia l'*empiétement de pouvoir*, dicendo che lo commette *celui qui usurpe des functions étrangères à celles dont on est investi et que la constitution avait placé sous les attributions d'un autre pouvoir*, concetto affine al nostro di una violazione di limiti. Ma il consiglio di Stato francese nel famoso caso *Partset* dove annullò un atto che la cassazione avea giudicato illegale, entrando nello spirito e nel fine della legge, per un vizio quindi che fu detto *detournement de pouvoir*, estese il concetto dell'accesso sino ad abbracciare l'incompetenza e la violazione di legge e rasentare l'abuso, come disse l'Auriti (5). E a

(1) Vedi decis. Corte d'app. Parma, 22 aprile 1864 (*Giur. it.*, XVI, 2, 787).

(2) Art. 44, legge 1862, sulla C. conti.

(3) C. Milano, 2 settembre 1863, ROSATI (*Giur. it.*, XV, 1, 949 e *Legge*, verb. Corte de' conti, *Eccesso di potere*).

(4) *De l'autorité judiciaire en France.*

(5) Discussioni al Senato, tornata 22 marzo 1888, e 1893.

questo concetto si accostò in più casi la IV sezione del consiglio di Stato, entrando ne' motivi *irrazionali* e negli scopi dell'istituto. E v'ha perfino chi vede una differenza di significato nelle stesse disposizioni legislative vigenti, p. e. tra l'art. 3 della legge sui conflitti d'attribuzione 31 marzo 1877 e l'art. 24 della legge sul consiglio di Stato 1889. Secondo l'Auriti e la Cassazione romana incompetenza ed eccesso sono entrambi usurpazioni di facoltà ad un potere alieno. ma l'una di facoltà specifiche di esso, l'altro di facoltà eterogenee (1). Quistione, a mio giudizio, inesauribile perchè poggiata sopra concetti e vocaboli vaghi e non definiti ancora nè dalla scienza nè dalla legge, benchè purtroppo le conseguenze giuridiche variano sia per la validità dell'atto e per la competenza (2), sia quanto alla quistione dell'azione, cioè alla responsabilità dell'amministrazione (3).

Quel che è assai disputabile si è se debbasi concedere all'amministrazione la inviolabilità dell'atto nella sua essenza amministrativa, e la incompetenza del giudice sulla quistione dell'uso o dell'abuso. Veramente l'art. 4 del contenzioso non conteneva alcuna limitazione, tranne quella che la cognizione del giudice cadesse solo sopra gli effetti dell'atto in relazione all'oggetto dedotto in giudizio, onde sembrava che quando l'effetto fosse quello di ledere un diritto, o che questo effetto derivasse dall'*abuso* o che dall'*illegittimità* dell'atto, ciò riescisse indifferente alla legge. Ma lo spirito e il contesto di questa, e la sua concordanza co' principii generali del diritto traevano a tutt'altra conseguenza. L'autorità amministrativa avea dalla legge la facoltà discrezionale di statuire, di moderare interessi e diritti in certe date condizioni e a certi fini (4) d'alto ordine pubblico, o tali che richiedano apprezzamenti puramente tecnici e di fatto.

Dentro la sfera di tali attribuzioni l'atto dell'amministrazione è presuntivamente giusto, è un diritto, a petto del quale le pretensioni del privato si convertono in semplici interessi. Se a questo

(1) V. Codacci Pisanelli, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo* (*Rivista amm.*, c. III).

(2) Legge 2 giugno 1889, art. 38.

(3) Vedi *infra* delle *Respons. ind. delle amm. pubbl.*

(4) Ad esempio vedi l'art. 102, Legge com. prov.; l'art. 29 della legge sulla sanità pubblica; Regol. polizia strad., 1868; Legge sicur. pubbl.; Legge sui lavori pubbl., art. 124, in materia di acque.

fosse libero di discutere in giudizio l'uso che fece l'autorità amministrativa delle sue facoltà, se fece bene o male a definire mancato o sussistente il fine d'un'opera pia, a dichiarare di pubblica utilità un lavoro, a formar un consorzio, ecc. (1), sotto il colore di pretendere gli effetti giuridici dell'atto, cioè compensi o indennità, evidentemente sarebbe l'autorità medesima non solo inceppata nei suoi movimenti, ma rinnegata nella sua essenza di autorità, cioè di facoltà ordinante e statuente (2). La immunità giudiziaria dell'atto discrezionale sotto la forma d'incompetenza era una conseguenza di tutto il nostro sistema legislativo e costituzionale. La ipotesi opposta è concepibile, ma in un regime affatto diverso, che non riconoscesse limiti precisi tra i due poteri, o li segnasse soltanto secondo le funzioni *formali*, quale il sistema inglese, ove, ne' giudici di pace, come nelle *corti di giustizia:* nel *privy council,* come nel parlamento, si amministra, si giudica, si agisce e si decide. Ma non così nel nostro sistema costituzionale di separazione di poteri, che esige la immunità dell'atto discrezionale e responsabile dall'ordine giudiziario. Però, dacchè il bisogno supremo di giustizia nell'amministrazione ha poi indotto il legislatore italiano ad accordare in *certi casi* un giudizio, sia pure in fòro speciale amministrativo, questa teoria non rimane vera se non per i casi diversi da quelli, ed in quelli stessi rimane solo vera per la incompetenza dell'autorità giudiziaria, non per quella del contenzioso amministrativo.

Controversia può nascere e grave nei casi concreti, se la quistione sia di legittimità o di merito, se di *eccesso* o di *abuso;* distinzione difficile e dal Rossi dichiarata pressochè d'impossibile applicazione e dalla corte d'appello di Lucca detta più sottile che vera, tanto che se ne scambiano facilmente i concetti e i vocaboli (3).

---

(1) Vedine gli esempi nel MANTELLINI, *Conflitti,* III, pag. 55 e *passim.*

(2) Parere del consiglio di Stato riferito dal MANTELLINI, III, cap. 3, pag. 190; id., I, 128; id., 3, cap. 2, pagg. 58, 63, 64 e 65; id., pag. 66; C. C. Firenze, 18 settembre 1860, causa Cantagalli (id., pag. 65); Corte app. Firenze, 18 settembre 1862, causa Catani (ivi). Vedi anche più oltre delle *Cond. della respons. ind.;* Corte cass. Napoli a sez. riunite, 28 nov. 1876, Ferrovie rom. e Monza (*Annali,* 1877, I, 57). Trib. Roma, 28 genn. 1878, causa Falconieri riferita dal MANTELLINI, *Lo Stato,* III, p. 281, in nota.

(3) Vedi appresso, *Della respons. indir. dell'amm.,* art. 7, Corte app. Lucca, decis. 13 luglio 1876 (*Annali,* 1876, p. 2, pag. 501).

Così è nata quistione, ad esempio, nel caso della negligenza dell'autorità amministrativa a curare gl'incarichi affidati a lei da legge, come la conservazione delle strade, cloache ed altri beni comunali, onde sia derivato danno al privato. La corte di cassazione di Roma ha giudicato essere in tal caso quistione di legittimità, ma pel solo effetto di stabilire la competenza giudiziaria, riservando la quistione di merito, cioè se da essa negligenza scenda o no diritto di risarcimento. E siccome la quistione della negligenza può, secondo le circostanze, contenere o una violazione delle condizioni sostanziali dell'atto, o solamente un giudizio di opportunità, ci sembra che ben facesse la corte di cassazione di Roma (1).

### ART. 7. — *Altro criterio subalterno di limiti tra autorità amministrativa e giudiziaria:* **Il chiesto ed il dovuto.**

Or qui si domanda se la controversia della competenza, ossia l'esser quistione di diritto, deve esser risoluta dall'ispezione di ciò che è veramente dovuto o di ciò che si pretende. L'importanza della quistione sta in questo, che se si debba guardare solo alla domanda, la quistione della competenza si determina soltanto dall'oggetto o dalla materia su cui cade la controversia, cioè dall'azione od eccezione. Al contrario se si deve riguardare al titolo o fondamento della domanda, la quistione di competenza deve dipendere da quella di merito, cioè sulla *pertinenza* del diritto o sulla *ammissibilità* dell'azione. E ciò importa che, se la quistione di competenza è sollevata innanzi un magistrato che non sia il giudiziario, il merito della quistione giuridica è veramente giudicato o pregiudicato da un'autorità incompetente.

Ora non v'ha dubbio che la competenza debba misurarsi solo dal domandato, non dal dovuto: *Quotiens de quantitate ad jurisdictionem pertinente quæritur, semper quantum petatur quærendum est, non quantum debeatur* (2). E la ragione si è che il guardare

(1) Decis. 9 agosto 1877 presso MANTELLINI *(Conflitti,* III, 65). Vedi però nel merito le decisioni della corte app. Roma nelle cause del comune di Roma col Noccioli, col collegio Sabino, col Sinimberghi, ecc. In materia di licenziamento di impiegati, vedi la giurisprudenza nello studio dell'avv. Ferreri, 1884 e del D. Trinchieri, 1884.

(2) Leg. 19, ff. *de jurisd.*

*al dovuto* è quistione di merito, onde s'invertirebbe l'ordine del giudizio, giudicandosi il merito preliminarmente alla competenza, e giudicandosi da magistrato, che ancora è dubbio se sia competente. Nel sistema della giurisdizione veramente una, la quistione non ha importanza dacchè il giudicante non può esser mai incompetente, e l'indagine che si dice di *competenza,* cioè il vedere se l'oggetto dedotto in giudizio è diritto o interesse semplice non è che impropriamente detto quistione di competenza, ma in verità è quistione di merito, cioè di pertinenza o *proponibilità* di azione. Ma, ammessa la quistione e la giurisdizione pregiudiziale de' conflitti, la distinzione ha importanza gravissima, ed era questa già segnalata dalla giurisprudenza del consiglio di Stato, la quale attenutasi più al criterio del *dovuto* che del *chiesto,* avea preoccupato sovente le quistioni di merito e destati lamenti di denegata giustizia.

La competenza, si dice, se si desume dalla stessa ragione della causa, presuppone il merito; se invece dalla sola dimanda, no; e sarà possibile in questo secondo caso, che il magistrato del conflitto decida sulla competenza di attribuzione senza toccare il merito.

Or qui è da esaminare se la distinzione si fondi sopra un supposto possibile e se concluda all'assunto.

La distinzione tra la semplice domanda e la ragione della domanda è certamente possibile in una quistione di competenza di giurisdizione, dove cioè la competenza si prende dal valore, dalla materia, dal territorio; cose di fatto, estrinseche, apparenti. Ma quando si tratta di competenza di attribuzione, non par mai, almeno radicalmente, possibile quella differenza. Imperocchè a decidere se si tratta di quistione di diritto o di puro interesse (che è appunto la competenza rispettiva delle due autorità) non basta di solito por mente al solo oggetto della domanda, ma è necessario di risalire, almeno per poco, al titolo e alla ragione, perchè chi dice *diritto* dice *rapporto di un oggetto con la legge.* Anche colui che domanda un impiego e una concessione, purchè lo domandi in nome di un diritto, non si può dire che muova quistione di semplice interesse, ove non si delibi la quistione se a quell'impiego o a quella concessione abbia titolo di legge o di convenzione speciale. Questa nell'esempio allegato è indagine facile ed ovvia. Ma in molti casi potrebbe non essere. A ogni modo chi verificherà se la legge, la convenzione, ossia il titolo giuridico esiste, fuorchè il giudice al

quale è portata la domanda? L'addurre ad altro magistrato tale indagine, non è portare a lui, sotto nome di competenza, e sotto il pretesto d'una pregiudiziale, tutta la quistione?

La legge 31 marzo 1877 suppone possibile la distinzione tra il chiesto ed il dovuto. A sciogliere l'antico piato fu appunto prescritto che (art. 4): « la decisione della competenza è determinata dall'oggetto della domanda, e quando prosegua il giudizio, non pregiudica le quistioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità dell'azione ». Ma egli è risaputo che codesta disposizione non fu dettata se non come un espediente col quale non vollero gli autori della legge che ovviare, se e quanto possibile fosse, al grande abuso fatto fino allora dall'accennata giurisprudenza del consiglio di Stato, che consisteva nel non ammettere la competenza giudiziaria, se non quando fosse esaurita la quistione giuridica. E così invece si volle bastasse che l'oggetto stesso della domanda, sommariamente delibato, non ripugnasse a tale competenza. Purtroppo secondo questa disposizione è fatta una differenza tra la questione pregiudiziale del conflitto e quella del merito, cioè *de' limiti*, e si riduce all'essere quella desunta dallo stesso aspetto esteriore dell'oggetto della causa, questa dalla *causa o ratio debendi*, cioè si riduce al diverso grado d'intensità della medesima quistione. In altri termini, la quistione è una; è sempre la quistione de' limiti la quale si divide in due gradi e in due competenze: quella del giudice de' conflitti, delibata che sia dal *petitum*, quella del giudice di merito, esaurita dal *debitum*. E siccome l'oggetto domandato non dice per se stesso la natura giuridica della quistione, è necessario veder se questo oggetto sia domandato in base ad una *ratio* giuridica (p. e. legge o contratto), o no. Sarà però necessario l'accenno a codesta ragione per costituire la competenza del giudice? E basterà codesto accenno? È qui l'apprezzamento riservato al giudice del conflitto. La Cassazione romana decise, e giustamente, non bastare (1).

ART. 8. — *Interesse e diritto.*

È questa la formula più usuale con cui si adombra il criterio della diversa competenza de' due poteri. Se ne dà per autore il duca

(1) V. Corte cass. Roma, decisioni in causa municipio di Venezia e Pavan, 1881.

di Broglie, quantunque i tedeschi ne rivendichino la paternità (1), e a più ragione si dovrebbe far risalire al diritto romano, se di una sì ovvia nozione è lecito rintracciar la scoperta. *Non debet videri is damnum facere qui eo veluti lucro quo adhuc utebatur prohibetur, multumque interesse utrum damnum quis faciat an lucro quod adhuc faciebat uti prohibeatur* (Leg. 26, ff., *de damn. inf.*). Conviene ad ogni modo diligentemente esaminare questa formula.

Dire che la competenza della giurisdizione è il diritto, dell'amministrazione è l'interesse, è innanzi tutto grandemente equivoco: perocchè o intendesi nel senso assoluto, cioè del diritto o dell'interesse in sè stante, ovvero in senso relativo, cioè in rapporto alla quistione quale si solleva tra' contendenti.

Nel primo senso, a decidere se trattisi di diritto, epperò di competenza del giudice, ovvero d'interesse, epperò di competenza dell'amministrazione, sarebbe necessario decidere tutta intera la controversia, cioè dovrebbe prendersi ad esame la quistione di merito per giudicare sulla sola quistione di competenza. Fu codesto equivoco che ispirò l'antica giurisprudenza del consiglio di Stato quando questo era giudice del conflitto sotto la legge del 1859, giurisprudenza che consisteva nel saggiare non solo, ma esaurire la quistione dell'azione allo scopo di decidere la competenza *giudiziale* dando luogo a quel famoso entimema in cui fu riassunta la critica di quella giurisprudenza: *Tu hai torto, dunque ti nego il giudice.*

Ma questo non fu l'intendimento del legislatore, il quale disse appartenere all'autorità giudiziaria tutte le controversie dove si fa una *quistione* di diritto. Esso toglieva poi ogni possibilità di equivoco mediante l'art. 4 della legge del 1877.

La formula « *interesse o diritto* », intesa nel senso oggettivo ed assoluto, è atta piuttosto a produrre il fondo dell'ordinarie controversie giuridiche, dove la quistione è sempre questa: se esista, oltre interesse nell'attore a chiedere, legge che lo autorizzi a domandare, e costringa a fare o a dare il convenuto.

Diritto è facoltà secondo legge, cui corrisponde, in un soggetto distinto, obbligo pure dalla legge imposto. In termini positivi di-

---

(1) *Stein Verwaltungslehre*, vol. I, pag. 421.

cesi diritto facoltà cui compete un'azione. La differenza dunque del diritto dal mero interesse in principio è chiara. Ogni diritto è interesse, non ogni interesse è diritto, bensì quel solo interesse è diritto che sia assistito dalla legge.

Per tal modo l'antitesi fra diritto e interesse tanto significa quanto l'antitesi fra diritto e non diritto, e così il fondo delle controversie tra l'amministrazione e il privato non sarebbe punto differente da quello di tutte le controversie tra privato e privato, cioè di tutte le controversie di pertinenza o carenza di azione. Onde può ben dirsi che posta la controversia de' limiti sotto tale formula, è equivoca e pericolosa, quasi indicasse che le due autorità, amministrativa e giudiziaria, avessero per competenza differenziale un contenuto diverso, cioè l'una l'interesse, l'altra un diritto, anzichè una diversa funzione, cioè l'una l'*agire*, l'altra il *giudicare*.

In questo improprio senso intesa la formula, volendosi pur avere in pronto i criteri per distinguere un diritto dal semplice interesse, riserbando ad altri luoghi ed altri riguardi l'ardua teoria fondamentale ricorrente non solo nel pubblico diritto ma nel privato, qui ci limiteremo a poche considerazioni. È da vedere in prima se tale utilità o lesione d'utilità, della quale il danneggiato si grava, sia regolata e protetta da una legge, e se non solo sia costituita come facoltà da un lato, ma se vi sia dall'altro sancito un obbligo corrispondente. Da che segue che non basta invocare un regolamento o anche una legge in appoggio di un interesse perchè s'abbia per diritto, ma ch'è mestieri che vi sia interesse consecrato come facoltà da una parte e come obbligazione dall'altra.

Ogni legge poi, e non soltanto quella di diritto privato, come alcuni pretendono, può essere attributiva di diritti, come si ricava, oltrechè dalle cose altrove ragionate, dalle espressioni dell'articolo secondo della legge sul contenzioso: « diritto civile o *politico* » a patto solo che in quella legge, vuoi d'ordine privato, o vuoi d'ordine pubblico, si designi la precisa intenzione di sancire quell'interesse con azione, cioè con obbligo preciso dell'amministrazione cui corrisponda il diritto in un diverso soggetto. E questa è quistione tutta d'interpretazione legislativa: vedere se nella legge o nel regolamento, poniamo caso, in fatto d'impiegati pubblici si vollero sancire solamente facoltà o norme d'amministrazione da servire solo pel suo miglior utile, non già per creare diritti agl'impiegati stessi e rispettivamente obblighi all'amministrazione, o se

si volle fare il contrario (1). E principale, fondamentale e decisiva in tale quistione è l'indagine somma dello *scopo* della legge.

Così pure è da vedere se le condizioni, i limiti o le forme, che siano state da legge o da regolamento prescritte all'azione del potere amministrativo, sono dalla legge o da' regolamenti prescritte in via di semplice consiglio e regole d'interna amministrazione, ovvero come condizioni di validità e come garanzie de' diritti dei privati. L'ordine a cui la disposizione appartiene, le espressioni, il contesto, la ragione, tutto deve esser preso a norma di una tale investigazione.

Altro criterio è pur questo. Quando trattasi di vedere se l'atto amministrativo lede un diritto e dia luogo alla reintegrazione o al risarcimento, è da guardare se la lesione dell'interesse anzichè una negazione del diritto o della proprietà, sia invece una limitazione o modalità imposta o inerente all'esercizio di esso diritto o di essa proprietà in grazia della convivenza sociale. Tali sono le misure igieniche, sanitarie, di polizia, di decoro pubblico imposte da regolamenti generali o anche da provvedimenti in esecuzione di quelli emanati e applicati a' casi concreti dalle autorità amministrative, e tali anche certe servitù militari imposte da legge senz'obbligo d'indennità.

Ricorrono poi i criteri generali dedotti dalle condizioni del diritto, specialmente la certezza (2).

Ma questo non è che il senso men proprio della formula *interesse* o *diritto*. La legge del 1865 non l'ha accettata in questo senso, ma nell'altro, cioè *relativo* alla quistione sollevata tra' contendenti. Per la legge non è il diritto o l'interesse in sè, ma la *quistione* dell'uno o dell'altro che costituisce il criterio de' limiti (3).

---

(1) Così non fu giudicato diritto quella facoltà concessa agli studenti dall'art. 9 della legge 5 giugno 1875 sul reclutamento dell'esercito di farsi iscrivere nella 1ª categoria e prestare il servizio delle armi dopo il 26° anno d'età. Corte d'appello Torino 9 marzo 1877 (*Annali giur. ital.*, d. anno, pag. 100). Vedi le altre applicazioni nell'articolo seguente.

(2) Vedi più innanzi cap. XI, *Della efficacia degli atti amministrativi pubblici*. Vedi anche il *Sistema elem. del diritto*, cap. II, dello stesso autore.

(3) Vedi più innanzi sulla formula *Interesse e diritto* il cap. IX di questa sezione.

ART. 9. — *Applicazione de' criteri.*

Applicando i principii, che venimmo esponendo su questa istituzione del contenzioso amministrativo nel senso antico e sulla teoria dei limiti tra le due podestà, al caso di sapere quando si tratti di quistione che competa alla giurisdizione, e quando di affare che all'amministrazione appartenga, troveremo facilmente la soluzione delle ricorrenti quistioni nelle seguenti materie, cioè:

1. *Impiegati.* — Che è competente il giudiziario a giudicare dell'azione d'un impiegato ad ottenere la rimunerazione, sia di stipendio, sia di pensione, sia di altri compensi pecuniari quando ha prestato l'opera sua e adempiuto alle condizioni stabilite da' regolamenti, o dalle leggi, o portate dalla natura dell'ufficio; non però quando si tratti di promozioni, onorificenze, o dei motivi giusti o ingiusti di licenziamento, se le condizioni non ne siano stabilite da convenzioni, o capitolati, o da regolamenti, in base a' quali sia stato assunto all'ufficio e che non rivestano le forme di mere norme disciplinari interne rimesse alla discrezione dell'autorità amministrativa, ma di vere promesse fatte agl'impiegati (1). Ma può il contratto modificare le facoltà organiche dell'autorità per gli effetti giuridici d'interessi privati, puta, stabilire la durata, i casi e le condizioni del licenziamento? E se lo faccia, è valido, c'è azione, c'è competenza giudiziaria a discutere i meriti e demeriti e le ragioni del licenziamento? La giurisprudenza è varia su questo punto (2). Ma risolvere se il patto può derogare alle facoltà per ordine pubblico concesse, essendo anch'essa quistione giuridica, pensiamo che competenza giudiziaria ci sia, benchè non azione.

2. *Le imposte.* — Che è azione esperibile innanzi ai tribunali ogni reclamo in materia finanziaria e specialmente di estimo cen-

---

(1) La giurisprudenza non è sempre conforme a queste massime, nè concorde con sè. Vedi *Annali della giurispr.*, 1877, p. I, pag. 520; 1876, p. I, pag. 414 e p. III, pag. 364, 426; *Legge*, 1876, p. I, pag. 17; MANTELLINI, *Conflitti*, p. I, pag. 63 e segg.; pag. 115 e segg.; p. II, pag. 132 e segg.; PINTOR-MAMELI, *Della compet. ammin. e giud.*, pag. 23-24 (*Giurispr. ital.*, 1861, 3, 150; 1869, 2, 834). Vedi anche *Legge*, 1874, p. II, pag. 75; 1871, p. II, pag. 164; Cassazione Firenze, 21 maggio 1872 (*Legge*, 1872, p. I, pag. 193). Vedi anche gli *Studi* del TRINCHIERI e del FERRERI.

(2) Vedi le decisioni della IV sez. del consiglio di Stato.

suale e d'imposte, dopo la pubblicazione de' ruoli, dalla quale pubblicazione nasce la pretesa del fisco, che afferma un diritto suo e contesta quello del privato; al contrario di competenza dell'autorità amministrativa sono i reclami circa le dette materie innanzi la pubblicazione de' ruoli (1).

3. *Occupazioni d'urgenza.* — Che se l'autorità amministrativa per grave ragione di necessità pubblica, in via d'urgenza, deve disporre della proprietà privata, o per tutela d'un interesse pubblico, come sarebbe, ad esempio, assicurare il compimento di lavori di strade prendendo un provvedimento, pongasi, di proseguire *in economia* i lavori, nonostante la pretensione che altri abbia, puta un appaltatore, in forza d'un contratto; non potrà esserne convenuta in giudizio per la inibizione del lavoro, perocchè il diniego dovrebbe dipendere da un giudizio sulla opportunità e sull'urgenza del provvedimento, il qual giudizio è rimesso alla discrezione dell'autorità sola amministrativa, e accettato eziandio dall'altra parte nel contratto (2). Che però in tal caso sono salvi i diritti dell'appaltatore o d'altro interessato, per gli effetti contrattuali, a forma di legge.

4. *Acque.* — Che se dall'opera, sia pure di pubblico interesse, pel fatto dell'amministrazione sia positivo *in agendo*, sia negativo *in omittendo*, risente danno vero e giuridico il privato, questo ha diritto allora esperibile, salvo a vedere nel merito se del danno sia l'amministrazione causa diretta, e non semplicemente occasionale (3), e l'avrà ancora che l'atto sia di quelli che l'amministrazione eseguisce per mandato di legge (4). Nè a tale conclusione

---

(1) Legge 20 marzo 1865, alleg. *E*, art. 6; Cassaz. Firenze, 23 febbr. 1872 (*Annali giurispr.*, 1872, pag. 177).

(2) Consiglio di Stato, causa Penec — Ministero lavori pubblici, decisione 25 giugno 1870; MANTELLINI, *Conflitti*, I, 73, legge 20 marzo 1864, alleg. *E*, articoli 7, 8, 9, 10, 11.

(3) Consiglio di Stato francese, ordin. 10 genn. 1845, affare Semery — Consiglio di Stato ital., decis. 28 giugno 1870, causa Macario. — Demanio, MANTELLINI, *Conflitti*, I, pag. 82. — *Contra*, le decisioni riportate dal SIREY, anno 1838, 2, 143, nel LEBON, anno 1844, pag. 291; anno 1846, pag. 212; anno 1850, pag. 89 e 533. — Consiglio di Stato ital., decis. 2 giugno 1869 rip. dal MANTELLINI, *Conflitti*, I, pag. 79 e 80.

(4) Così si decise in Belgio: *Paricrisie*, 3 ser. Belgique, anno 1842, aff. d'Aremberg; anno 1844, aff. Coppée; anno 1857, 9 août, aff. Cappellemans.

osta il famoso articolo 124 della legge sulle opere pubbliche, siccome quello che se dà balla all'autorità amministrativa di risolvere le quistioni tecniche e prendere tutti i provvedimenti necessari al buon regime delle acque pubbliche, tuttavia non esclude il diritto e quindi la competenza giudiziaria pel risarcimento dei danni che possono derivare a' privati, quando un tal giudizio possa darsi indipendentemente dalla estimazione sul valore tecnico e sull'interesse pubblico delle opere medesime (1). Ed è sì vero non essere dall'art. 124 pregiudicata menomamente la quistione e l'azione civile de' danni, che anche allora che l'opera dannosa fatta sulle acque pubbliche dia alla stessa amministrazione un diritto a' danni, l'esercizio di questo diritto comanda la legge che sia promosso innanzi ai giudici ordinari. Nè altrimenti intendendosi l'articolo potrebbe esso conciliarsi cogli articoli 2, 3, 4 della legge sul contenzioso. Invece, posta quella intelligenza, diviene l'art. 124 un'applicazione di quegli altri articoli e non una deroga nè un'eccezione ai medesimi (2).

5. *Usurpazioni.* — Che se un prefetto o un sindaco compiesse un'opera o una demolizione nel privato, sotto il pretesto che si tratti di suolo pubblico, il giudice, verificato questo estremo di fatto, può pronunziare la inefficacia dell'atto amministrativo, salvo le forme da osservarsi secondo l'art. 4 della legge sul contenzioso. Imperocchè in quel caso si tratterebbe non di sindacare la bontà, ma la legittimità dell'atto stesso per mancanza della condizione esterna, ossia per l'eccesso di potere (3). E si è in questo caso domandato ancora se poteva l'atto dirsi veramente amministrativo da non potersi direttamente revocare dall'autorità giudiziaria. Ma per certo la legge intese per atto amministrativo un atto qualunque dell'amministrazione, cioè d'un'autorità amministrativa procedente come tale (4), nè può togliere questo carattere l'avere l'autorità ecceduto i poteri. Solo quando l'amministrazione abbia proceduto, non come autorità, ma per interesse patrimoniale, si

---

(1) Anche nel caso diverso si dà oggi azione amministrativa per la legge 2 giugno 1889, art. 25, n. 7.

(2) *Contra*, il consiglio di Stato. V. Mantellini, *Conflitti*, I, pag. 124 e II, pagine 57, 58, 59, 60, 142, 144, 146, 149.

(3) Legge sul cont., art. 4.

(4) Vi sono decisioni contrarie. V. sopra pag. 103.

ammette azione a competenza ordinaria contro l'atto stesso (1). Sembra quindi doversi eccettuare dal significato della legge soltanto l'atto d'un privato che usurpa il potere: quantunque ad altro effetto, cioè a quello dell'autorizzazione preventiva, si negò talvolta carattere di amministrativo ad un atto di un funzionario che peccava d'incompetenza assoluta od eccesso di scopo evidente (2).

6. *Autorizzazioni.* — Che però da un atto amministrativo illegale non compete azione civile per invocarne l'esecuzione e i tribunali sono competenti a negarla (3). Che anzi possono anche interdirne l'esecuzione se l'atto non contenga una prescrizione obbligatoria nell'interesse pubblico, ma una semplice autorizzazione nell'interesse privato (4).

7. *Polizia.* — Che la giurisdizione ordinaria, nè per la revoca, nè pel risarcimento (5), nè per la sospensione (6), non può essere invocata dai privati per un provvedimento preso dall'autorità amministrativa per causa di polizia, igiene, sanità, poichè tali provvedimenti non sono restrizioni dell'esercizio legittimo del diritto, ma sono modalità, limitazioni inerenti alla natura stessa de' diritti e dipendenti dalla necessità sociale e comune a tutti i cittadini in quanto tali, come sono le servitù legali, e tutti i pesi e sacrifici imposti dalla legge per ragioni d'ordine pubblico (7). Tale sarebbe il diniego della licenza per apertura d'un esercizio industriale, pel quale però oggi si darebbe ricorso alla giustizia amministrativa per l'art. 21, n. 2, della legge 1° maggio 1890. Ma azione ordinaria spetterebbe però per danni che si reclamassero per un ordine di chiusura illegittimo, come, p. e., se fosse ingiunto a colui che fosse munito di legittimo permesso (8).

---

(1) *Riv. amm.*, 1879, p. 732.

(2) Vedi appresso, *Della responsab. diretta delle amministrazioni.*

(3) Vedi Foucart, *Éléments*, 101, 163; Bonasi, *Della responsabilità dei pubblici funz.*, n. 328 e segg. E d. legge, art. 5.

(4) C. C. Torino, 13 e 15 dicembre 1871 (*Bettini*, 1871, 1, 812).

(5) *Contra*, C. A. Bruxelles, 31 luglio 1845 (*Pasicris*, 45, 2, 165; Bonasi, *Respons.*, pag. 597, xv).

(6) Vedi *contra* C. A. Napoli, 1° aprile 1868 (*Bettini*, 2, 68, 165).

(7) Consiglio di Stato. Decis. 29 maggio 1867 e 22 gennaio 1868 (Mantellini, *Conflitti*, i, pag. 83, 84, 85, 86). V. pure le sue considerazioni ivi a pag. 127 in fine e 128. Vedi Mameli, *Compet.*, pag. 42 a 55.

(8) Cons. di Stato, 31 dicembre 1872 (*Legge*, 73, ii, 139).

8. *Espropriazione.* — Che però può sempre il giudice pronunciare la illegalità d'un atto amministrativo, p. es., di un decreto di espropriazione per causa di utilità pubblica, dichiarandolo ineseguibile senza però annullarlo (1), non però impetere la stessa dichiarazione di pubblica autorità la quale è tutta di competenza amministrativa.

9. *Atti di governo.* — Che anche per gli atti di governo, di politica, di guerra si può adire il magistrato se l'azione si fondi o sull'interpretazione dell'atto medesimo, o sopra un diritto di proprietà o altro diritto violato dall'atto (2), indipendentemente dalla questione della convenienza politica del medesimo, e ferma la sua validità per altri casi fuori di quello dedotto in giudizio, e salvo la revoca e modificazione dell'atto rimessa all'autorità stessa amministrativa (3).

10. *Azioni possessorie.* — Un'elegante questione di applicazione è quella se non possa insorgersi contro un atto amministrativo con azione possessoria. S'intende atto d'impero, giacchè l'atto di gestione può sempre dar luogo all'azione possessoria (4). Le ragioni, per le quali si può dubitare se si possa, sono, in prima, dal lato del diritto positivo vigente, che questo attribuisce alla giurisdizione ordinaria le materie nelle quali si faccia quistione di un *diritto civile* o *politico*. Ondechè sembra a stabilire la competenza dell'autorità giudiziaria dover la quistione cadere sopra il diritto in sè, non sopra il possesso. Sotto l'aspetto poi dei principii la difficoltà sta in ciò che l'azione possessoria, cioè di reintegrazione o manutenzione al possesso, ammessa che fosse contro l'atto amministrativo, lo distruggerebbe nella sua sostanza, nonchè nelle sue conseguenze; nascerebbe un cozzo diretto e inevitabile fra le autorità. Si aggiunga che quando l'atto amministrativo non fece che ledere il possesso, e questo medesimo fece per pubblica autorità e per fine di bene pubblico, mancano alla lesione del possesso i ca-

---

(1) Trib. di Reggio, 20 dicembre 1872 (*Legge*, 1873, II, 193).

(2) *Contra* cons. di Stato, decis. 12 maggio 1870 e cassaz. Firenze, 3 novembre 1870, causa principe di Capua-Demanio (MANTELLINI, I, p. 95, 130, 131).

(3) Per la giurisprudenza di questa materia V. MANTELLINI, *Conflitti*, al 1° e 2° vol., e PINTOR-MAMELI, *Compet.*, ai rispettivi capitoli.

(4) V. *Riv. amm.*, 1879, pag. 782.

ratteri di violenza o d'ingiustizia, che sono la ragione giuridica de' rimedi possessori (1).

Ma la distinzione non ha sodo fondamento. Essa lo cerca sempre in un concetto equivoco e incompleto della competenza de' due poteri, e non è se non la riproduzione delle ambiguità in cui s'involve la questione generale. Chiarito il concetto dell'unità e universalità della giurisdizione, stabilito che il potere giudicante deve tutte giudicare le controversie giuridiche, dove le parti invocano azioni e diritti, reclamano come *dovuto* qualche cosa, non si comprende la eccezione che si pretende fare delle azioni possessorie.

La sottile disputa se il possesso sia un diritto o un fatto riguarda il concetto del possesso oggettivamente preso, non già il soggetto, pel quale il possesso è o produce sempre un diritto, ed è indifferente alla nostra questione; perocchè niuno dubitò mai che il possesso soggettivamente preso sia un diritto *(jus possidendi)*, e garantito d'azione e fecondo di effetti e di rapporti giuridici. Nè certo la legge dicendo controversia di *diritto civile* o *politico* ebbe mente alla sottile distinzione fra diritto e possesso: che anzi il contrario manifestamente si rileva quando, tolta la materia di *diritto civile* o *politico*, non lasciò all'amministrazione che gli affari (2), e quando lo spirito e il concetto suo chiaramente si è quello di fare dell'ordine giudiziario l'unica garanzia degl'interessi legittimi e giuridici

---

(1) In questo senso avvi molta giurisprudenza. Vedi cassaz. Torino, 12 maggio 1869 *(Giurispr. ital.*, XXI, 305); 13 dicembre 1871 *(Giurispr. ital.*, XIII, 1, 801); corte d'appello di Venezia, 6 agosto 1874 *(Giurispr. ital.*, XXVI, 1, vol. 2); cassazione di Napoli, 31 gennaio 1874 *(Giurispr. ital.*, XVI, 1, 157 e 18 giugno 1874; *(Giurispr. ital.*, XVI, 1, sez. 1ª, pag. 519) e fin. 2 dic. 1880 (*Raccolta*, XXXIII, I, 1, 155). Vedi pure la decisione della cassaz. di Torino dell'11 febbraio 1869, causa tra il comune di Reu, Porta e Consorti e la società delle strade ferrate meridionali; del 26 luglio 1872, causa Fenocchio-Comune di Prelà (*Annali di giurispr. ital.*, VI, 1, 309); del 24 luglio 1872, causa Cazzola-Clerici *(Annali*, VI, 1, 334); del 23 luglio 1873, causa Terzi-ministero dell'interno *(Annali*, VII, 1, 428) e cassazione di Firenze, decisione 5 gennaio 1875, causa tra l'arcivescovo di Udine e la pia casa di ricovero, nonchè l'altra 11 dic. 1876 *(Annali*, 187). Finalmente la cassazione di Roma, 6 marzo 1877, causa Patriziato-Sabino e commissione Umbro-Sabina *(Annali*, 2187, 1, 286) e nell'altra 25 aprile 1881 (*Raccolta*, I, 3, 141). V. pure *Legge*, 1877, I, 323. È da avvertire però che alcune di queste decisioni, benchè incerte nei criteri, respinsero l'azione o la competenza giudiziaria per ragioni di merito.

(2) Legge sul contenzioso, art. 3.

de' cittadini. Ora il possesso è tanto legittimo e giuridico che è fonte e fondamento dell'eminente diritto della proprietà e unica base su cui ne riposa il più delle volte la sicurezza, la tutela e la difesa legale. E come dire che la legge avesse voluto lasciar all'amministrazione la balia irresponsabile di turbare il possesso e i diritti di questo, che sovente è l'unica presunzione e l'estrema garanzia delle proprietà e de' diritti traverso il corso e le vicende de' tempi?

Che se l'azione possessoria tende a distruggere per sua natura l'atto amministrativo, questo, ove fosse buon argomento, varrebbe non meno per l'azione *petitoria*. Ma non è, dappoichè è pure inevitabile che l'atto amministrativo cessi se altrimenti le conseguenze giuridiche non possono cessare perchè indissolubilmente connesse all'atto.

Nè questo effetto del rimanente alla legge stessa ripugna, che disponendo l'atto non doversi revocare *se non sovra ricorso alle autorità amministrative*, e queste doversi conformare al giudicato de' tribunali in quanto riguarda il caso deciso, suppone bene che l'atto debba, o in un modo o nell'altro, essere distrutto, e solo vuole che nol sia per le mani dell'usciere del tribunale, ma della stessa autorità amministrativa, dietro *dichiarazione* del tribunale, il che accadrebbe in possessorio giudizio, non altrimenti che nel petitorio. Il dire poi che a un provvedimento amministrativo manca il carattere di violenza, base e scopo della reintegrazione, potrà esser vero, quando cioè l'atto sia *legittimo,* benchè *improvvido,* non quando manchi ad esso la legittimità. Quando l'atto è legittimo, cioè munito delle condizioni, della competenza e delle forme, allora cessa bensì l'azione, ma solo perchè l'atto essendo di natura discrezionale e autorizzato da legge nell'interesse diretto dello Stato, esclude il concetto del diritto offeso, salve, al più, le conseguenze giuridiche indirette per i compensi che fossero dovuti e che sono oggetto di azione petitoria. Ma quando si tratta d'atto illegittimo e per giunta turbatore del possesso privato, negare la violenza è un fingere contro la verità del fatto (1).

---

(1) Ammisero il diritto e riconobbero la controversia di diritto nell'azione possessoria i seguenti tribunali: cassazione di Milano, decis. 22 aprile 1863 (*Giurisprudenza ital.*, XVI, p. 1, sezione 1ª, pag. 519 e 22 aprile 1863 (*Giurisprudenza*, XV, 1, 407 e 408); corte d'appello di Firenze, 3 agosto 1876, causa prefettura di

Non basta dunque l'esservi di mezzo un atto amministrativo perchè cessi l'azione possessoria, ma è necessario che esso sia ordinato per un interesse pubblico, legittimamente rappresentato o in caso di possesso pubblico, il che ritorna al concetto che per escludere azione giudiziaria è necessario non solo l'atto amministrativo ma la prova della sua legittimità e per escludere la competenza giudiziaria si richiede di più che la lesione giuridica non possa provarsi indipendentemente dal merito dell'atto stesso (1).

## CAPO VIII.

## La giurisdizione e la procedura in cause di limiti. Conflitti di attribuzioni.

Il dubbio sulla competenza dell'autorità amministrativa o giudiziaria a risolvere una controversia, elevato a quistione pregiudiziale nella causa che gli dà origine, dicesi il *conflitto di attribuzione*. Con quali criteri debba risolversi, si è in gran parte trattato,

---

Firenze e Ansaldi (*Giurisprudenza ital.*, p. 2, pag. 150); corte d'appello di Napoli, 5 settembre 1871 (*Giurispr.*, 1872, 2, 120); di Cat. 22 luglio 1868 (*Giurisprudenza*, XX, 2, 652 e 653); cassazione di Napoli, 12 novembre 1874 (*Giurisprudenza ital.*, XXVII, p. 1, sezione 1ª, pag. 771). Vedi pure la cassazione di Torino 12 luglio 1866, causa Rein-amministrazione delle finanze (*Annali di giurispr. ital.*, I, 1, 90) e 6 settembre 1866, causa ministero interno e proprietari dei teatri (*Annali*, I, 1, 115 e 116); corte d'appello di Bologna 27 aprile 1867, seminario di Cesena e comunità di Longiano (*Annali*, I, 2, 271); corte d'appello di Perugia 29 febbraio 1867, Foschini e amministrazione delle finanze (*Annali*, 1, 577); cassazione di Napoli 29 febbraio 1868, seminario ed economato generale dei benefici vacanti (*Annali*, II, 2, 374); cassazione di Napoli, 14 febbraio 1870, causa tra la chiesa de' nazionali e l'antipapa ecc. greci (*Annali*, IV, 1, 144); cassazione di Torino 29 luglio 1873, causa Fabbricotti, Casori e Tema e Walton (*Annali*, VIII, 1, 60); cassazione di Napoli 18 giugno 1874, Politi e Barbaro (*Annali*, VIII, 1, 310); cassaz. di Firenze 1° aprile 1875, Martinengo, Pizzo e prefettura di Venezia (*Annali*, IX, 1, 183); cassaz. di Napoli, 3 aprile 1875, comune di Reggio e Bacilla (*Annali*, IX, 1, 332); cassaz. di Firenze, 3 aprile 1876, comune di Baone e Piacentini (*Annali*, X, 1, 217).

(1) Altri però richiedono e si contentano che esista un atto il quale *prima focie* presenti la forma e la sostanza dell'atto amministrativo. V. GIRIODI, *Il Comune*, n. 234; SABBATINI, *Espropriazione*, I, 143.

cioè coi criteri discriminatori de' limiti tra le due potestà. Ma da quale istituto, con quali forme, è quel che rimane ad esporre (1).

ART. 1. — *Nozione del conflitto e sistemi.*

I conflitti, cioè i dubbi e le controversie di competenza, o sorgono fra autorità dello stesso ordine e diconsi *interni*, e quando si tratta di autorità giudiziaria diconsi di *giurisdizione*, o fra due autorità di genere diverso, principalmente fra la giudiziaria ed amministrativa, e diconsi di *attribuzione*. I conflitti *interni* di giurisdizione quando non siano ovviati per l'eccezione d'incompetenza o di declinatoria di foro, data dalla parte o pronunciata d'ufficio, si risolvono col portare la quistione all'autorità giudiziaria immediatamente superiore alle contendenti, ciò che dicesi *regolamento di competenza*, di che tratta il codice di procedura civile, lib. I, tit. II, cap. II; la legge 21 dicembre 1852 sui conflitti di giurisdizione tra magistrature superiori, la nuovissima legge sui conflitti di attribuzione del 31 marzo 1877.

I conflitti *interni* fra autorità dell'ordine amministrativo si sciolgono facilmente col reclamo all'autorità superiore comune e in mancanza di altre alla suprema autorità amministrativa, e, per l'ultima legge del 1889, alla IV sezione del consiglio di Stato.

Ma supposto un conflitto fra due autorità d'ordine differente, e però non aventi un superiore immediato comune, come l'autorità amministrativa e la giudiziaria e la contenzioso-amministrativa, come si farà a risolverlo?

E qui sopravvengono i sistemi: quello che rimonta alla fonte legislativa, a che risponde l'idea del Romagnosi; quello che ne fa giudice lo stesso potere esecutivo sovrano, come fu il primo sistema francese; quello che ne attribuisce il giudizio ad un magistrato supremo consulente, cioè al consiglio di Stato, come fu il secondo sistema francese e l'italiano prima e dopo la legge del 1865 sino all'ultima riforma; quello che lo attribuisce ad un magistrato misto di giudici ed amministratori, come a un dipresso il sistema prussiano e come il francese per le leggi del 1848, rinnovato poi nella legge del 1872: quello che lo deferisce alla stessa suprema magi-

(1) V. art. 3, 4, legge 31 marzo 1877 e le decisioni della corte di Lucca in data 25 luglio e 10 ottobre 1870; MANTELLINI, *Conflitti*, III, 52.

stratura, alla cassazione, quale è il sistema belga, che lo ha consacrato in un articolo della costituzione, il sistema dei Paesi Bassi per la legge del 1844, della Grecia per la costituzione del 1864, e come era della Toscana e dello Stato pontificio ed è ora in Italia per l'ultima legge del 1877. Havvi infine chi, negando perfino il supposto di possibile conflitto vero fra i due poteri, giudiziario ed amministrativo, afferma il dubbio di attribuzione risolversi in una questione giuridica da decidersi colla pronunzia del giudice adito sulla causa stessa per mancanza di azione civile, o tutt'al più con un'eccezione preliminare d'incompetenza dell'autorità giudiziaria, sistema che ebbe applicazione in Danimarca per la costituzione del 1866 (1), e l'ebbe *di fatto* anche nel Belgio ove, quantunque ammesso dalla costituzione, il conflitto si narra essere stato *elevato* appena una volta e morto nel nascere.

Come è chiaro da quest'esposizione, la teoria dei *conflitti di attribuzione* ha due quistioni da discutere; la prima se esistano veri conflitti da risolvere con speciale istituzione: ossia se ci debba essere un'istituzione per dirimere i conflitti; la seconda, quale debba essere e per competenza e per forma questa istituzione medesima.

### ART. 2. — *Cenno storico.*

Ma la gravità del soggetto domanda un cenno di storia. In governi assoluti e in quelli che non accolsero ancora il concetto della divisione dei poteri, o il conflitto non nasce o, se nasce, si risolve facilmente dall'autorità suprema che è sommo, se non solo, giudice e sommo magistrato amministrativo. Possono al più sorgere controversie fra giurisdizioni comuni e giurisdizioni speciali, come ad esempio, presso i romani, fra quella del pretore in città o del proconsole in provincia (2), e quella del *procurator Cæsaris* in cause fiscali; conflitto che si decideva con un rescritto imperiale. Ma le giurisdizioni speciali in materie amministrative, attribuite alle stesse autorità amministratrici, quali appunto il *procurator Cæsaris*, il *præfectus ærario,* il questore, l'edile, ecc., impedivano il sorgere di veri conflitti esterni.

(1) Art. 71, 72.

(2) L. 2, C. *Ubi causæ fiscales* e L. 9, D. *De offic. procons.*

Così pure negli Stati medioevali, se per lo *sminuzzamento* della giurisdizione in tribunali speciali potevano sorgere ed infinite sorgevano quistioni di competenza, che si decidevano col principio del diritto romano *prætoris est de jurisdictione sua judicare* e con quello della prevenzione (1), veri conflitti di attribuzione non potevano sorgere, perchè mancava un vero potere giudiziario indipendente, in guisa che qualunque fosse la questione, amministrativa o giudiziaria, la era in ultima istanza decisa dal potere sovrano, supremo magistrato e amministrativo e civile. Dove quel conflitto parrebbe essere stato possibile egli è nei comuni, perocchè là si aveva moltiplicità e contrapposizione di corpi autoritativi e mancanza di un potere assoluto supremo. Ma lo impedì la confusione delle funzioni che si avverò anche sotto quel regime, dove vi era un podestà con facoltà promiscue e consigli che pure amministrando risolvevano ricorsi giudiziari.

Ma la patria dell'istituto dei conflitti, come del contenzioso amministrativo, fu la Francia, e l'epoca sua fu quella della rivoluzione, quando cioè distinti i poteri ed abolita la mostruosa potestà de' parlamenti, il potere esecutivo pensò a premunirsi contro le possibili invasioni del potere giudiziario. A tale effetto non bastava il sottrarre a codesti parlamenti le materie di ordine amministrativo, ma era necessario sottrarre ad essi il giudizio sulla propria competenza o incompetenza, per mezzo del quale avrebbero potuto per altra via usurpare le facoltà sia del puro potere amministrativo, sia del contenzioso amministrativo. L'istituto dei conflitti era dunque una conseguenza necessaria e non illogica del contenzioso, e giuridicamente connesso a questo; ma storicamente esso precede l'organizzazione del contenzioso. Infatti già l'assemblea nazionale per evitare l'invasione del potere giudiziario sulle operazioni amministrative, oltre le penalità riprodotte nell'art. 127 del codice penale, conferì al Re, udito il consiglio dei ministri, il potere di risolvere i conflitti fra i tribunali ed i corpi amministrativi, salvo ricorso al corpo legislativo (2). La convenzione nazionale diè i conflitti a risolvere al ministero colla conferma del direttorio, salvo facoltà di riferirne al corpo legislativo (3).

(1) MANTELLINI, *Conflitti*, I, 11; MEYER, *Istit. giudiziarie*.
(2) Legge 16-24 agosto 1790, art. 13.
(3) Legge 14-21 fruttidoro, anno III (1795).

Le leggi dell'anno VIII nell'organizzare il contenzioso amministrativo incaricavano il consiglio di Stato presieduto dal capo dello Stato di *risolvere le difficoltà che si sollevassero in materia amministrativa,* salvo approvazione del capo medesimo dello Stato. Il regolamento interno del consiglio di Stato interpretò questa facoltà nel senso di pronunziar sui conflitti (1), e l'impero ed il governo della restaurazione e quello del luglio (2) mantennero quel privilegio e ne abusarono fin troppo. La rivoluzione del 1848 tentò un nuovo esperimento. Non potendo pei suoi principii liberali lasciare la decisione dei conflitti ad un corpo amministrativo, creò un magistrato misto di consiglieri di cassazione, e di consiglieri di Stato eleggibili ogni tre anni dai rispettivi corpi e presieduto dal ministro della giustizia e giudicante con discussioni scritte ed orali pubbliche. Giudicava anche sull'incompetenza e sugli eccessi di potere delle decisioni della corte dei conti e in questioni di conflitto fra il consiglio di Stato e le autorità amministrative o giudiziarie, poichè il ministro avea diritto di domandare alla corte l'avocazione delle cause che pendevano innanzi di quelle autorità, dove non vi era altra parte che potesse sollevare conflitti (3).

La costituzione imperiale del 1862 abolì questo tribunale e restituì la giurisdizione dei conflitti al consiglio di Stato che l'ha posseduta sino al 1872. In quest'anno la legge dell'assemblea nazionale del 24 maggio, che riorganizzava il consiglio di Stato, restaurò il tribunale misto aggiungendo ai consiglieri di Stato e di cassazione altri due giudici e due supplenti eletti dai colleghi stessi, lasciando presidente tuttavia il ministro guardasigilli, con un vice-presidente eletto dallo stesso tribunale (4).

La dottrina prevalente però si pronunciò anche in Francia contraria a questo istituto, e n'erano autori il Cormenin, il Vivièn, il Bavoux, il Dareste, come in Italia ne furono campioni il Mancini, il Mari, il Mantellini, i congressi giuridici di Milano (1871) e di Roma (1872) (5).

---

(1) Arrêt 5 nevoso, anno VIII.

(2) Ordinanze del 12 marzo 1831 e 18 settembre 1839.

(3) Cost. 1848, art. 89, 90. Legge 3 marzo 1849, art. 47, 64; regolamento 26 ottobre 1849.

(4) Ducrocq, *Cours de droit adm.*. I, 362. Vige ancora.

(5) V. Luchini negli *Annali di giur. ital.*, anno 1871, parte III, pag. 40 e seguenti.

Anche nella materia dei conflitti i principati italiani si tennero al sistema francese, sconoscendo le tradizioni giuridiche che lasciarono i tribunali decidere sulla propria competenza anche di fronte al fisco, e in Napoli per le leggi del 1817, in Piemonte per quelle del 1842 e 1847 e poi del 1849, stampate sull'ordinanza francese del 1° giugno (1), erano i conflitti devoluti, tanto per la richiesta *(elevazione)*, quanto per la decisione, al Re, udito per la decisione il consiglio di Stato. Solo la legge toscana dava questa competenza alla cassazione (2), e la legge pontificia similmente alla *segnatura papale*, la cui decisione veniva confermata dal sovrano (3). La legge del 1865, che abolì il contenzioso, non abolì i conflitti, conservando quanto alla competenza ed alle forme, ma in via transitoria, la legge del 1859, sino a nuovi provvedimenti (4). Questo sistema era illogico e contraddittorio, perchè, abolito il contenzioso e proclamata la giurisdizione unica, si lasciava però nel consiglio di Stato, corpo amministrativo, una facoltà per la quale poteva eludere il sistema col sottrarre alle autorità giudiziarie quante controversie voleva, rimandandole non più al contenzioso, che era abolito, ma all'amministrazione pura, che era peggio. Contraddizione che i sostenitori del contenzioso, come il Cordova ed il Rattazzi, facevano eloquentemente avvertire. Per uscire da queste difficoltà si riservò e promise una riforma sull'istituto dei conflitti. La promessa giacque dimenticata per molti anni, ma il fòro e la dottrina, forti di una triste esperienza fatta dalla giurisprudenza in questa materia (5), la ridestarono. E presentato un progetto per la riforma dell'istituzione sin dal 1873, ripresentato e discusso nelle due camere negli anni 1875, 1876 e 1877, dopo vari progetti di varie commissioni ed emendamenti, passò in legge che fu pubblicata il 31 marzo 1877. La sostanza di questa riforma consiste nel togliere al consiglio di Stato la risoluzione dei conflitti e mandarla alla suprema magistratura, cioè alla speciale giurisdizione della

---

(1) Vedi legge 20 novembre 1859, n. 3780.

(2) Motu-proprio 3 agosto 1838. Legge 11 gennaio 1845.

(3) Editto 25 luglio 1835.

(4) Legge 29 marzo 1860, alleg. *E*, art. 13.

(5) Su questi esperimenti, sul crescente numero dei conflitti decisi dal consiglio di Stato e sulla qualità delle decisioni prese per lo più dal merito, vedi gli egregi lavori del MANTELLINI, *I conflitti di attrib. in Italia*, vol. 3°, *Conflitti*, vol. I e II, e le relazioni MANCINI e MANTELLINI del 1876 alla Camera.

cassazione di Roma, modificando anche la procedura quale era stabilita dalla legge del 1859.

### Art. 3. — *Teoria dei conflitti.*

Premesse queste nozioni storiche sull'istituzione de' conflitti, veniamo ad esporne la teoria. L'istituzione de' conflitti ha la sua genesi storica ed anche logica nel fatto della divisione de' poteri, e da questo lato è un progresso. La separazione dei poteri segna il principio di lotta e di resistenza. Storicamente era l'amministrativo che era spogliato, quindi sue le gelosie e le diffidenze, suo il timore di perdere la indipendenza, di soggiacere alla sua volta al potere rivale. Il ragionamento giuridico al quale la teoria in genere di una giurisdizione privilegiata pei conflitti si appoggia, è il medesimo di quello pel contenzioso amministrativo e muove appunto dall'idea d'indipendenza e di eguaglianza de' poteri. Il quale concetto non solo conduce a ritenere il potere giudiziario incompetente, ma anche a ridurlo impotente ad usurpare la funzione amministrativa e turbare così l'azione del governo. Ora, se si lasciasse a lui, al potere giudiziario, il giudizio della propria competenza di attribuzione, non solo non si avrebbe tale impotenza, ma si avrebbe appunto la potenza contraria.

Di più, in tale giudizio di competenza il potere giudiziario ordinario, si dice, sarebbe *parziale,* poichè le quistioni si agitano appunto fra esso medesimo ed il potere avversario: esso vi ha quindi un *interesse.* È necessario che tale giudizio sia reso da un'autorità media ed imparziale, estranea ai due poteri.

Di qua, si aggiunge, una serie d'inconvenienti: tutti quegl'inconvenienti stessi che verrebbero dal lasciare al potere giudiziario, dalla corte suprema all'infimo pretore, la decisione di ogni controversia in cui sia interessata l'amministrazione, ciò che condurrebbe alla sostituzione del criterio giurisdizionale al criterio esecutivo, allo scemamento della responsabilità, base del regime amministrativo, alle lentezze ed agl'intralci fatali all'azienda pubblica, infine alla confusione de' poteri. Ma anche abolita la speciale giurisdizione amministrativa, anche rimasti di fronte i due soli poteri, amministrativo e giudiziario, anche attribuita al fôro ordinario tutta la giurisdizione del contenzioso amministrativo, cioè la cognizione di tutte le cause, ove sia interessata l'amministrazione,

non per questo cessa la ragione e la necessità di un giudice speciale dei conflitti. Anzi cresce, perchè, non rimasta altra giurisdizione che l'ordinaria, il potere deve essere più che mai assicurato che le questioni di sua competenza, cioè gli affari di pura *amministrazione attiva,* non siano usurpati da un'autorità d'indole sì differente e lontana dalla sua, come è la giudiziaria.

Come la genesi della istituzione stessa, così anche quella del suo vizio logico si ritrova nell'inadeguato concetto della divisione dei poteri o della loro reciproca indipendenza e uguaglianza. Ora questa, come dicemmo sopra, non è materiale, ma formale. Le funzioni sono distinte, ma gli organi possono essere subordinati ciascuno alle funzioni dell'altro. Non è l'ordine giudiziario indipendente dall'amministrativo in cose amministrative, come non è l'amministrativo indipendente dal giudiziario in funzioni giudiziarie. Se si ammette che l'autorità amministrativa possa eccitare controversie giuridiche, cioè possa trovarsi in conflitto di diritto con privati, da quel momento essa esce dalla sua sfera d'azione, entra in quella della giurisdizione, sfera non più sua. In altri termini, quando l'amministrazione viola il diritto, la riparazione di questo o deve commetterla al proprio giudizio, il che ripugna, o deve lasciarla ad un altro potere, che è il potere giudicante.

Non si possono concepire come collaterali ed opposti i poteri in tutta la loro estensione, ma si devono ritenere solo indipendenti *secundum quid,* subordinati *secundum aliud.* È quindi tanto irrazionale l'idea di vedere nel potere amministrante *giudicato* un potere *soggetto,* che si può dire che esso cessa affatto d'esser potere quando è in giudizio. Esso non è soggetto che alla giustizia ed alla legge. Chi direbbe il potere amministrativo soggetto al legislativo perchè è tenuto a seguire la legge? E così non deve credersi soggetto al giudiziario perchè giudicato da esso. Il potere esecutivo è anch'esso indipendente, è sovrano quanto il legislativo, ma lo è nella sua natura, nella sua funzione, nel mandato della legge, il quale è appunto d'eseguire la legge. Altrettanto si dica in confronto del giudiziario, che applica la legge.

Corretto così il concetto principe della teoria, va esclusa l'idea conseguente di concepire le due autorità come uguali, contendenti nel giudizio di competenza d'attribuzioni, e così cade pure la inferenza della necessità d'un'autorità imparziale per decidere il conflitto. Nel giudizio così detto di competenza di attribuzioni non

c'è che un'autorità sola, il giudice, e l'autorità amministrativa non è uguale alla giudiziaria, ma uguale solo all'altra parte contendente. Dal che segue che impropriamente è detta quistione di competenza quella tra l'autorità amministrativa e la giudiziaria, quando, nata la controversia, non ci può, nè deve essere che una sola autorità competente a deciderla, il giudice. La competenza presuppone due giudici, quindi la quistione era ed è logica e possibile in quanto sussisteva un altro giudice d'ordine diverso, p. es. il contenzioso amministrativo. Ma nella teoria e nella legge che lo esclude non c'è, nè è più concepibile una quistione o un giudizio di competenza, cioè di giurisdizione, perchè la giurisdizione è una sola. Quindi la istituzione dei conflitti è una contraddizione manifesta col principio dell'unità della giurisdizione e con l'abolizione del contenzioso, già proclamata negli ordini legislativi nostri, e ridiventa solo possibile colla risurrezione del contenzioso amministrativo, confinata però a' dubbi di competenza tra questa e il potere giudiziario ordinario.

Ma si soggiunge: se non resta la quistione di competenza, c'è però *conflitto di poteri*. V'è una quistione in cui il giudice dice: « È mia attribuzione perchè si tratta di diritto », e l'agente risponde: « È mia attribuzione perchè si tratta d'interesse ». Egli è qui tutto l'equivoco su cui si poggia ancora la reliquia d'un sistema caduto ed ove si avvolgono ancora più confusamente le controversie del fôro.

Stabilito che i poteri sono reciprocamente subordinati per le funzioni, e che non v'ha nè dipendenza nè ineguaglianza fra loro, quando uno cade sotto la sfera d'azione dell'altro, ne segue che ben possono esserci abusi, ingiustizie, usurpazioni materiali e di fatto, se vuolsi: ciò riguarderà la quistione se per antevenire codesti inconvenienti si abbia a ricorrere all'espediente di un potere eccezionale per decidere le quistioni che interessano l'amministrazione, cioè di un contenzioso amministrativo; ma l'idea del conflitto, cioè d'una simultanea pretesa di due poteri alla medesima funzione, che importi reciproca negazione di competenza e attributi tra le due podestà, è inconcepibile. Come non si dice che sorga conflitto tra la libertà privata o l'autorità paterna da un lato e l'autorità giudiziaria dall'altro, perchè in una controversia questo abbia fatto torto a quella, nè si pensa per questo a porre un giudice fuori dei giudici che delibi le quistioni di competenza, per statuire se il caso

vada giudicato dai magistrati, o debba lasciarsi all'arbitrio del cittadino o del padre-famiglia; così non si può dire che sorga tra la libertà pubblica del magistrato e colui che la giudica vero conflitto: perchè il magistrato amministrativo pretenda di essere nel suo diritto, e il giudiziario possa forse ingiustamente limitare la sua libertà. Nè del resto potrebbe mai questa medesima ingiusta limitazione giuridicamente essere affermata quando manchi un'autorità competente che la dichiari e l'unica competente, che è la giudiziaria, pronunciasse il contrario.

Le reciproche e contrarie pretese e la quistione d'interesse e di diritto non sono una contestazione di competenza, nè un'affermazione di autorità rispettive e opposte, ma una pretensione d'una delle due parti, cioè dell'amministrazione, verso l'altra, cioè il privato; il che costituisce tutto il merito della controversia, merito non dissimile da quello di tutte le altre controversie giudiziarie, dove sempre questo appunto si dibatte, se per un dato interesse si abbia o no azione legale. La formola interesse e diritto, che fu stimata felice per adombrare i limiti delle quistioni che insorgono tra privati e amministrazione, è certo infelicissima quando si voglia trasportare a farne la base di una quistione di competenza di attribuzione, cioè a contestare un'attribuzione dell'autorità giudicante, attribuzione che si deve desumere non già dal fondo, ma dalla sola pretesa, cioè dalla sola esistenza d'una controversia in nome del diritto. Quando un cittadino domanda in nome del diritto un impiego, un'abilitazione, una grazia, l'amministrazione col dire che in questa domanda si tratta di un interesse e non di un diritto non viene a negare che sia una controversia giuridica, ma solo a impugnare che la parte abbia diritto ed azione per richiederla; quistione di *competenza d'azione*, non di *competenza d'attribuzione* a giudicarne nel giudice. L'affermare che si tratti di solo interesse leso, è negare che si tratti di diritto; è quindi quistione assolutamente giuridica e di merito. Di qua la inevitabile conclusione che il giudizio del conflitto involge e preoccupa il giudizio sull'azione, in modo che, risoluto il conflitto nel senso della competenza giudiziaria, riesce ad una duplicazione della stessa quistione: risoluto per la competenza amministrativa, si risolve in una *denegata giustizia*.

Che, se pure vogliamo supporre possibile la distinzione, e ritenere non necessaria, non pregiudiziale a dirimere il preteso con-

flitto, l'indagine di fondo sulla pertinenza d'azione; se quindi fosse pur possibile una pura quistione pregiudiziale di competenza, non per questo sarebbe meno competente, e solo competente, a conoscere il potere giudiziario su questa seconda quistione. Imperocchè la quistione giurisdizionale è bene anch'essa una quistione di diritto, anzi la competenza a giudicare di essa è la base di ogni giurisdizione: « *Prætoris est æstimare an sua sit jurisdictio* (1) ». Molto più poi quando non c'è altro giudice che possa contrastargli questa giurisdizione, come avviene nel nostro supposto. La mancanza di un giudice, ossia la incompetenza di tutti i giudici a giudicare una domanda, deve pur risolversi e avere fondamento in una mancanza d'azione, dappoichè sarebbe assurdo che mancasse un giudice se azione vi fosse.

Se è falso il concetto di assoluta indipendenza, di collateralità, di rivalità, d'opposizione dei due poteri; se quindi non v'è lotta di competenza, nè conflitto, l'istituzione cade per mancanza di sostegno e d'oggetto. Cade quindi ancora la ragione della parzialità del potere giudiziario giudicante i pretesi conflitti, poichè non è parte, ma giudice, e soltanto giudice (2). Così pure non è vero che il potere giudiziario abbia interesse nella quistione di competenza. Il desiderio d'estendere la sfera delle proprie attribuzioni, o il così detto *spirito di corpo,* non è quell'interesse che rende parziale un magistrato. La gelosa custodia delle proprie facoltà, de' proprii doveri, è un interesse morale, non personale; e se esso bastasse a rendere sospetto il giudizio, a nessun giudice si potrebbe lasciare il decidere della propria competenza. Ma anche questo interesse e gelosia di attributi è ben altra cosa che l'istinto d'invadere e di estendere ingerenze, che sono anche dei pesi gravi e laboriosi.

Da questo consegue che non è punto giustificato il timore degl'inconvenienti della libera e piena giurisdizione dell'ordinario magistrato. La statistica, sia della nostra modesta esperienza dopo il 1865, sia di quella più larga dove la giurisdizione è veramente piena, come nel Belgio, ha mostrato che la magistratura ha esagerato

---

(1) Leg. 5, *De judiciis*, § 2, *ff. Si quis in jus vocat...*

(2) Glossa alla citata legge, 2. *Sed quomodo hic judex in propria causa feret sententiam? Respondeo: non est propria, nam ipse non agit: immo ille qui vocavit agere videtur.*

piuttosto nella tendenza a pronunciarsi per la competenza e per l'irresponsabilità dell'amministrazione (1).

Ma, quando vi fossero stati degl'inconvenienti o degli abusi, la loro gravità sarebbe stata ben leggiera a confronto di quelli che si ebbero a deplorare quando l'amministrazione preponderava per mezzo del contenzioso amministrativo, e più per la decisione a lei riserbata dei conflitti, onde derivava diminuzione di libertà e sfiducia del popolo nelle sue guarentigie.

Le cose dette bastano a demolire non solo i fondamenti che si adducono del sistema dei conflitti, ma il sistema stesso. Poggiato questo sopra un'inadeguata percezione del concetto di equilibrio dei poteri, in verità lo distrugge, quando per difendere una sognata indipendenza del potere amministrativo attacca la indipendenza e la competenza del giudiziario, distrugge l'unità e l'integrità della funzione di questo, rompe l'equilibrio giuridico tra lo Stato e i privati, imponendo a questo dei giudici sospetti, perchè dati in fondo dalla parte avversaria (2), obbligandolo ad arrestarsi nel mezzo del giudizio anche inoltrato, e infine facendo rientrare traverso la forma pregiudiziale de' conflitti tutto l'assurdo e gl'inconvenienti della giurisdizione speciale *ratione materiæ* del contenzioso, rinnegando e distruggendo e il principio della scienza e il fatto della legge che quello abolì, e soli giudici d'ogni diritto offeso proclamò i giudici, anzi (notevole cosa e prognosticata dagli avversari delle riforme del 1865 e verificata dai fatti) facendo dannose le stesse riforme; chè abolito il contenzioso, ma lasciato pel privilegio dei conflitti all'amministrazione stessa mandare le cause a' giudici o non mandarle secondo i suoi preconcetti, venivasi ad attribuire all'amministrazione pura quello che prima era giudicato dalla contenziosa pur con forme di giudizio, lasciandosi così tutta quella materia contenziosa senza giudice. E siccome la risoluzione del conflitto è impossibile di farla, e ordinariamente non si fa se non toccando del diritto dell'attore, ogni volta che essa riesce a favore della competenza amministrativa è una reiezione dell'azione, è una decisione vera del merito, è, come si disse, *un diniego di giustizia*. Il processo logico di un tale giudizio di conflitto, muovendo dalla

(1) Vedi il MANTELLINI, opera citata.

(2) *Observandum est ne is judex detur quem altera pars nominatim petat: id enim iniqui exempli esse D. Hadrianus rescripsit.* L 47, *ff. de jud.*

quistione del diritto, e concludendo per la reiezione della competenza giudiziaria, fu giustamente ed energicamente compendiato in questo entimema: *Tu hai torto, dunque ti nego il giudice.*

L'origine storica dell'istituto ne svela il vizio. Figlio di diffidenza e di reazione contro le usurpazioni dei *parlamenti*, di necessità politica a munire il potere di mezzi straordinari di potenza contro nemici interni ed esterni, dovea cessare col periodo della rivoluzione, se i governi assoluti non avessero trovato comodo e utile il continuarlo a proprio conto. Ma se la sicurezza e la indipendenza dell'autorità giudiziaria è la garanzia che si comprende e si trova perfino sotto i governi assoluti colti, e lo statuto la registra tra le più preziose delle guarentigie costituzionali, come può sorreggersi un'istituzione che la restringe e la nega?

Colla teoria generale, che esclude ogni istituzione di conflitti, diventa inutile scendere alla quistione speciale, quale debba essere quella istituzione. Noteremo tuttavia che quanto ai due primi sistemi, l'uno, che la decisione de' conflitti rimette alla stessa autorità sovrana, cioè al capo del potere esecutivo, come fecero il primo sistema francese e italiano, l'altro che lo conferisce al corpo consultivo supremo, che è il consiglio di Stato, essi vanno incontro a tutti i vizi d'incompetenza, di parzialità, di disordine giudiziario, che furon sopra segnalati.

Quel tribunale misto poi, come fu ed è il francese, difeso con qualche modificazione dal prof. De Gioannis (1), che sembra promettere la vagheggiata imparzialità fra i due poteri, contiene in sè i germi della discordia, poichè è impossibile che gli elementi, onde si compone, non risentano ciascuno della sua differente origine, o non dispieghino diverse tendenze fra le quali è poi il ministro presidente che determina la preponderanza.

Anche il pensiero d'invocare l'autorità parlamentare a giudice de' conflitti pecca di basi razionali, ed ha l'inconveniente grave di sopraccaricare le Camere, che poi non siedono sempre, in funzioni eterogenee e in quistioni sovente che guastano e snaturano la purezza della funzione legislativa: il qual pensiero non ha poi per sè alcun suffragio di fatta esperienza.

Il men male a voler pure conservare la istituzione parve, e fu in fatti adottato anche dall'ultima nostra legge, il deferire questo

---

(1) V. *Annali della giur. ital.*, 1869, parte III, pag. 12 e 63.

còmpito alla suprema magistratura. Non pecca d'incompetenza, non divide la unità, nè scema la integrità della giurisdizione. Restagli però un vizio, di turbare l'ordine giurisdizionale, facendo salire di un balzo al supremo grado della scala giudiziaria la quistione di competenza per farla ridiscendere poi, sotto forma di merito, al primo grado, se pronuncia per la competenza giudiziaria, o per negargli affatto l'esperimento civile, se si decide per la competenza amministrativa. Nel primo caso si sarà avuto una perdita di tempo e di un giudizio, nel secondo quella di due gradi di giurisdizione, e si sarà risoluta una domanda con un solo esperimento. La cassazione dunque, benchè assolutamente non incompetente, è sempre, in fatto di conflitti, un giudice privilegiato e singolare. È però il meglio possibile come espediente, ed anzi cogli stessi suoi inconvenienti, e colla sua imperfezione ed incoerenza di ammettere il principio solo per metà, e turbare l'ordine de' gradi per dare una garanzia che è inutile dal momento che fa preoccupare la quistione dal supremo magistrato, dove essa inevitabilmente ricadrebbe, non può che servire d'avviamento al perfetto sistema di giurisdizione, pel quale stanno la ragione giuridica e i puri principii della nostra giurisprudenza, cioè l'eccezione d'incompetenza, o meglio ancora l'eccezione di carenza d'azione e di decadenza *ob non jus actoris*.

### ART. 4. — *Legge e procedura de' conflitti.*

Esponiamo ora brevemente il nostro sistema di legislazione. La legislazione relativa ai conflitti era data dalla legge sul contenzioso amministrativo, 20 marzo 1865, allegato *E*, art. 13; dalla legge sul consiglio di Stato, della stessa data, alleg. *D*, art. 10: e quanto alle forme, dalla legge 20 novembre 1859, n. 3780, conservata transitoriamente in virtù dell'art. 13 della legge sul contenzioso amministrativo, e dal regolamento interno del consiglio di Stato, 25 giugno 1865, n. 2361, riservato dall'art. 26 dell'alleg. *D*, della legge 20 marzo 1865.

I conflitti, quanto alle autorità, erano secondo queste leggi di due specie, secondochè sorgevano o fra tribunali ordinari e quelli del contenzioso amministrativo, o fra l'autorità pura amministrativa da un lato, e la giudiziaria o contenziosa dall'altro. Benchè la prima specie dovrebbe dirsi cessata per la legge del 1865, tut-

tavia siccome son conservati, per la medesima, e il consiglio di Stato, e i consigli di prefettura, e la corte dei conti, e vari consigli speciali con facoltà strettamente decidenti, se sorga dubbio di competenza fra questi e i tribunali ordinari, può in questo caso dirsi vera quistione di regolamento di competenza, o, se si vuole, anche di conflitto.

In quanto poi all'indole, il conflitto si distingue in *positivo* e *negativo*. Avvi conflitto positivo quando sia dubbio fra le due autorità d'ordine diverso quale abbia facoltà di pronunciare sopra una data quistione. Avvi conflitto negativo quando invece si ricusano entrambe, come incompetenti, a trattarla: anche in questo caso vi ha l'idea di conflitto, dacchè v'ha impossibilità della incompetenza simultanea delle due autorità.

La sola autorità amministrativa può provocare, ossia *sollevare*, come si dice, il conflitto, non mai la giudiziaria, la cui azione non può di sua natura essere mai spontanea, ma sempre provocata.

Tale incarico di sollevare il conflitto è dato particolarmente al prefetto (1), il quale può sollevarlo, e deve, se richiesto, per tutte le autorità, comprese le autorità municipali (2).

Le autorità giudiziarie, contro cui può sollevarsi il conflitto, erano, secondo una giurisprudenza francese che si fondava sulla parola *tribunali ordinari*, i tribunali civili e le corti, esclusi i pretori e i tribunali di commercio, ed esclusa, per altra ragione, la corte di cassazione, perchè, cioè, non si ammette elevazione di conflitto dopo una sentenza definitiva (3). Ora la legge del 1877 non fa più distinzione, poichè parla di *autorità giudiziaria in generale*.

Le cause, in cui si può sollevare, sono civili o di contravvenzione.

Il termine per elevare il conflitto era sino a regiudicata, ed anche oltre, se il giudice avesse giudicato mentre pendevano i termini utili all'amministrazione per la elevazione del conflitto (4).

Quanto alle forme il conflitto si elevava con domanda del prefetto al pubblico ministero: questo promuoveva la decisione del tribu-

---

(1) Legge comun. e prov. 20 marzo 1865, alleg. *A*, art. 3; legge 20 nov. 1859, art. 2, 3, e legge 31 marzo 1877, art. 2.

(2) Consiglio di Stato, decis. 22 gennaio 1868, prefetto d'Avellino-Caviglia (MANTELLINI, *Conflitti*, I, 84).

(3) PERSICO, *Princ. di dir. amm.*, V. II, p. 2, sez. 3ª, c. 2.

(4) Legge 1859, art. 5.

nale con sua conclusione, e la notificava ne' cinque giorni al prefetto. Se la decisione era contraria, il prefetto poteva con decreto eccitare il conflitto ne' dieci giorni dalla detta notifica della decisione del tribunale. Se era favorevole, il P. M. la notificava ai procuratori delle parti, le quali potevano appellare, salvo al prefetto nei dieci giorni dalla notifica dell'appello eccitare egualmente il conflitto con decreto che esso notificava al pubblico ministero, questo al tribunale perchè sospendesse il giudizio (1). In caso di conflitti negativi, la domanda mossa dalla parte più diligente era diretta al ministero dell'interno, che provocava dal consiglio di Stato l'assegnazione dell'autorità competente. L'affare poi, nel caso sia positivo, sia negativo, veniva sempre, pel mezzo del ministero dell'interno, rimesso al consiglio di Stato che pronunciava e decideva il conflitto colle norme del suo regolamento.

La nuova legge arreca modificazioni nel procedimento, principale quella de' termini dati all'amministrazione per la sollevazione del conflitto, limitandoli al primo grado di giurisdizione se l'amministrazione è parte in causa, e, nel caso contrario, lasciando la facoltà di elevarlo in ogni stato della causa, purchè però non sia intervenuto un giudicato sulla competenza stessa.

*Quid*, se l'amministrazione fu condannata in contumacia, e con sentenza provvisoriamente eseguibile? Essa può riaprire la discussione e far sollevare il conflitto. Ma sarà soggetta alla esecuzione coattiva, se quella cada sull'atto amministrativo? La legge non ammette in nessun caso l'assoggettamento immediato dell'agente e dell'atto amministrativo a quello giudiziario. Resta dunque la indipendenza dell'un'autorità di fronte all'altra. È il caso di vero conflitto materiale, che non si può giuridicamente risolvere che con una decisione sulla competenza o sul conflitto provocata dall'amministrazione, o con ricorso del privato all'autorità amministrativa superiore, in base al capoverso dell'art. 4.

Colla decisione de' conflitti fra tribunali e autorità amministrative pure o giurisdizioni speciali, la legge conferisce alla corte di cassazione, a sezioni riunite, anche la facoltà di giudicare di eccesso di potere o d'incompetenza di queste giurisdizioni su ricorso della parte più diligente, e colle norme dell'art. 110 del codice di

---

(1) V. legge 20 novembre 1859.

procedura civile (1), competenza che era prima del consiglio di Stato (2). Con questa legge medesima sono abrogati l'art. 10, n. 1, della legge sul consiglio di Stato, l'art. 13 della legge sul contenzioso amministrativo, la legge sui conflitti del 1859, ed ogni disposizione sulla materia de' conflitti. Alla stessa cassazione di Roma spetta quindi, per le stesse ragioni, la risoluzione delle quistioni di competenza tra l'autorità giudiziaria e il nuovo contenzioso amministrativo, di cui ora si parlerà.

## CAPO IX.

## Giustizia nell'amministrazione.

Dopo la riforma del 1865, che abolendo l'antico contenzioso amministrativo come giurisdizione privilegiata per le cause ove l'amministrazione aveva interesse, ritornava tutte le quistioni di diritto al fòro ordinario, e tutte le controversie, come dicevasi, d'interesse all'amministrazione semplice, non andò guari che si rilevarono in pratica i danni che gli avversari di quella riforma, anche liberali, come il Rattazzi, il Cordova, il Crispi, presentivano e preannunziavano, e cioè che i reclami per interessi privati offesi dall'azione amministrativa, i quali non potevano pretendere un'azione giudiziaria rigorosa, andavano sforniti d'ogni esame serio, d'ogni rimedio di giustizia, e abbandonati all'arbitrio degli uffici amministrativi, come, ad esempio, le moltissime lagnanze degl'impiegati, quelle dei cittadini per licenze e autorizzazioni negate, de' comuni e altri enti morali per deliberazioni annullate, ecc.

Uomini gravissimi si fecero espositori e vindici di queste cose, e con libri e con discorsi in ritrovi elettorali, o in parlamento, ne reclamavano un rimedio (3) sotto la divisa: *Giustizia nell'amministrazione.*

---

(1) V. legge 31 marzo 1877, art. 3.

(2) Legge 14 agosto 1862, n. 809, sulla corte dei conti, art. 43.

(3) S. Spaventa, *Discorso all'associazione costituzionale di Bergamo*, 6 maggio 1880; M. Minghetti, *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nella amministrazione*, Bologna, 1881, pag. 273; De Falco, *Discorsi inaugurali alla corte di cassazione di Roma*, anni 1878-1888.

La scienza concorse a preparare gli elementi per un nuovo lavoro legislativo e nuovi libri sull'arduo argomento vider la luce (1). Il governo del Re compilò e presentò, in varie epoche, varii progetti (2), e l'ultimo, quello del Crispi, presentato il 22 novembre 1887, discusso al Senato nel marzo 1888, relatore Costa, ed alla Camera in febbraio 1889, relatore Tondi, passò nella legge 31 marzo 1889, N. 5992, e fu inserito nella legge sul consiglio di Stato, testo unico, con R. decreto 2 giugno 1889, N. 6166.

Altro progetto per la giustizia amministrativa locale, presentato pure dal Crispi, riferito alla Camera dal Bonasi, al Senato dal Costa, passò nella legge 1° maggio 1890, seguito poi da' regolamenti rispettivi.

Presenti alla mente de' legislatori e degli studiosi, in questa riforma, erano stati i diversi sistemi vigenti nelle più culte legislazioni in opera di giustizia amministrativa (3).

A non ripetere della forma francese, che fu anche nostra, come sopra fu esposto, e che si riduce a fare d'un istituto speciale, di derivazione amministrativa e di figura contenziosa, il giudice privilegiato dell'amministrazione sia in cause vere di diritto privato, sia, in parte anche, di diritto pubblico,

A non dire dell'Inghilterra e degli Stati Uniti, ove amministrazione e giustizia hanno talvolta unico organo, talvolta separato, ma anche nel primo caso con garanzie morali e procedurali efficaci per far ragione ai reclamanti, accenneremo il tipo germanico nelle due varietà, austriaca e prussiana, le quali s'accordano a considerare il contenzioso, non come degli organi interni dell'amministrazione per risolvere i reclami, ma come tribunali speciali amministrativi per garantire col giudizio la giustizia verso gli amministrati.

---

(1) DE MURTAS, *La giustizia amministrativa*, Torino, 1883; CARDON, *La giustizia amministrativa;* TURIELLO, *Governo e governati in Italia;* MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, vol. III; LEPORINI, *Giustizia nell'amministrazione*, Disc. inaug. univ., Macerata, 1886. Per la storia delle riforme, vedi FRANCESCHELLI, *La giustizia nell'amministrazione*, ecc., Roma, 1889.

(2) DEPRETIS, prog. 31 maggio 1880, e 1° febbraio 1884, e 28 giugno 1886 con relazione del Finali 10 novembre 1886 al senato.

(3) Sulle antiche legislazioni italiane, sui precedenti legislativi e dottrinali della legge, sui dibattimenti e motivi delle singole disposizioni di esse, si deve consultare il FRANCESCHELLI, *La giustizia nell'amministrazione*, anno 1889; il BERTOLINI, *Le garanzie della legalità in ordine alla funzione amministrativa;* l'ARMANNI, *La riforma del consiglio di Stato e la giustizia amministrativa.*

In Austria provvede alla giustizia amministrativa e nelle materie più importanti il tribunale dell'impero *(Reichsgericht)*, istituito con la legge costituzionale giudiziaria del 21 dicembre 1867, e in tutte le rimanenti in generale, la « *Corte di giustizia amministrativa* » *(Verwaltungsgerichtshof)* composta di un presidente, di presidenti di sezioni e di consiglieri di nomina imperiale, come i giudici ordinari. Essa giudica sui ricorsi con cui un individuo o un corpo morale pretenda *essere stato offeso nei suoi diritti da una deliberazione* (definitiva, e gerarchicamente irretrattabile, articolo 5) *dell'autorità amministrativa* (art. 2), qualunque questa sia. Sono escluse le controversie di diritto privato che sono competenza dei tribunali ordinari, e gli affari attribuiti al tribunale dell'Impero, tra cui le quistioni ove si tratti d'interesse dell'Impero, o degli Stati della Cisleitana, i diritti politici de' cittadini, la nomina ad impieghi, i ricorsi contro le commissioni d'imposta, gli atti discrezionali e disciplinari ed altri. La sua giurisdizione è però puramente revisoria, cioè limitata alla quistione di diritto, sulla base di fatto stabilita dall'ultima decisione amministrativa, salvo se questa sia contraria agli atti. La procedura è pubblica, orale e scritta (1). Tali sono le istituzioni del contenzioso amministrativo, che, ispirate per gran parte dall'Unger, hanno vigore nell'Impero austriaco.

Tale istituzione più ristretta della prussiana (tuttochè avente con essa l'oggetto promiscuo, i diritti pubblici) perchè limitata alla quistione di legittimità, diversa dalla italiana e belga, perchè da un lato non abbraccia gl'interessi semplici e dall'altra comprende i diritti che per legge italiana possono essere di competenza giudiziaria, è ristretta vieppiù dalle eccezioni di *contenuto* sopra indicate, e si spiega e giustifica per le necessità politiche di conciliare esigenze di nazionalità molteplici e svariate.

In Prussia la giustizia amministrativa è ordinata col *Kreiseordnung* del 13 dicembre 1872, col *Provinzialordnung* del 29 giugno 1875, colle altre leggi del 3 luglio 1875, 26 luglio 1876, 26 luglio e 2 agosto 1880 e del 30 luglio e 1° agosto 1883, proposte e difese in parlamento dallo Gneist. È a vari gradi, corrispondenti alle circoscrizioni amministrative stabilite colla legge 20 giugno

(1) Vedi CARDON, *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1884, pag. 213, e le fonti ivi citate, pag. 217.

1875, che sono il *Kreis* o circolo corrispondente alla nostra provincia, il distretto *(Bezirke)*, semplice divisione amministrativa, non corpo morale; la regione *(Provinzen)*, cioè i tredici grandi dipartimenti della Prussia. Tribunale di primo grado è il comitato di circolo *(Kreissausschuss)*, emanazione della Dieta di circolo; in secondo grado il comitato di distretto *(Bezirksverwaltungsgericht);* in ultimo (appello e revisione) il tribunale supremo amministrativo di Berlino *(Oberverwaltungsgericht)*, che è anche giudice de' conflitti di attribuzioni fra autorità amministrativa e tribunali amministrativi, riservati i conflitti tra gli uni e le altre o i tribunali ordinari al *Compelenzgerichtshof* (1).

Il primo è composto di elementi elettivi, meno il presidente *(Landrath)*, nominato dal governo. Nel secondo, tre membri sono nominati dalla dieta provinciale e due dal governo, tra' quali il governo stesso sceglie il presidente.

Il tribunale supremo è composto di funzionari governativi (amministrativi e giudiziari) a vita, inamovibili.

Il procedimento è sommario: i due gradi inferiori pronunziano sul merito; l'ultimo pronunzia in appello dai comitati di distretto, in revisione da quelli di circolo decidendo però la causa o rinviandola, se non la ritenga abbastanza istruita. Il dibattimento è pubblico ed orale.

Il contenzioso amministrativo è competente a *giudicare sulle contestazioni che, nei casi previsti dalla legge, possono elevarsi su pretese od obbligazioni derivanti dal diritto pubblico. I tribunali amministrativi decidono senza ledere verun diritto privato* (2).

Competenza da un lato più ristretta del contenzioso francese, perchè esclude i ricorsi contro atti di amministrazione pura *(Verwaltungs-beschlusse* o *bescheide)* che son riservati alle autorita pure amministrative, mentre dall'altro lo adegua in ciò che abbraccia materie di stretto diritto. Ma le materie del contenzioso son classificate, non lasciate al solo criterio formale (3).

(1) Ordinanza 1° agosto 1879.

(2) Legge 2 agosto 1880, art. 1.

(3) Vedi CARDON, *La giustizia amm.*, parte 2ª, cap. V, sez. 1ª; DE MURTAS, *La giustizia amm.*, parte 2ª, cap. II, § 84 e seg. e appendice. Vedi sopratutto il BARTOLINI, op. cit.

Il sistema francese poi e i sistemi germanici s'accordano in questa differenza dal sistema belga-italiano, che sottraggono al giudice ordinario tutte le questioni amministrative, anche quando si versano sopra diritti subbiettivi de' privati, mentre il sistema italo-belga ne attribuisce alla giurisdizione ordinaria la decisione quando vi hanno le condizioni di un diritto personale qualunque.

*Legislazione italiana.* — Secondo il sistema delle due leggi riunite, 2 giugno 1889 e 1° maggio 1890, si hanno due tribunali speciali amministrativi, l'uno supremo e generale, l'altro locale, cioè provinciale.

*Competenza.* — Il tribunale supremo e generale (sezione IV del consiglio di Stato) ha due funzioni: prima *revisoria* per tutti i ricorsi contro atti o provvedimenti dell'autorità amministrativa, onde sia stato leso l'interesse d'un privato o d'un ente morale, purchè ciò sia avvenuto per incompetenza, eccesso di potere, o violazione di legge, e la controversia non sia di competenza di tribunali ordinari, nè di giurisdizioni speciali (1).

Questa regola ha due eccezioni, l'una assoluta per le controversie riguardanti atti politici, l'altra relativa per le materie doganali e di leva militare in punto di violazione di legge, perchè in punto d'incompetenza o di eccesso soggiacciono alla giurisdizione del consiglio di Stato.

La seconda funzione della IV sezione è giudicare in legittimità e in merito, nei casi determinati dall'art. 25 della legge 2 giugno 1889 e 21 della legge 1° maggio 1890 (2).

---

(1) Legge 2 giugno 1889, art. 24. *Spetta alla sezione IV del consiglio di Stato di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici e quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, nè si tratti di materia spettante alle giurisdizioni o alle attribuzioni contenziose di corpi e collegi speciali.*

*Il ricorso non è ammesso se trattasi di atti e provvedimenti emanati dal governo nell'esercizio del potere politico.*

*Il ricorso che non implichi incompetenza o eccesso di potere non è ammesso contro le decisioni le quali concernano controversie doganali oppure questioni sulla leva militare.*

(2) Legge 2 giugno 1889, art. 25:

La sezione IV del consiglio di Stato decide pronunziando anche in merito:

1. Delle controversie tra lo Stato e i suoi creditori, riguardanti l'interpreta-

Questi casi riguardano: *a)* le quistioni di contratti e leggi di prestito e debito pubblico; *b)* le materie attribuite alla decisione del consiglio di Stato da speciali leggi vigenti, recenti ed antiche, p. e. il caso dell'art. 12 della legge comunale; *c)* alcuni rilevanti interessi di privati, frazioni, comuni, provincie in materia di tasse, confini, consorzi di strade, acque pubbliche, patrimonio, esercizi insalubri o pericolosi, spese per la sanità pubblica, consorzi idraulici, bonifiche, strade, pedaggi, opere pubbliche, quando vi sia di mezzo un interesse dello Stato o della provincia, o un provvedimento del prefetto, o deliberazione della giunta provinciale amministrativa.

---

zione dei contratti di prestito pubblico, delle leggi relative a tali prestiti e delle altre sul debito pubblico;

2. Dei sequestri di temporalità, dei provvedimenti concernenti le attribuzioni rispettive delle potestà civili od ecclesiastiche, e degli atti provvisionali di sicurezza generale relativi a questa materia;

3. Dei ricorsi nelle materie che, a termini delle leggi vigenti, sono attribuiti alla decisione del consiglio di Stato;

4. Dei ricorsi fra contestazioni fra comuni di diverse provincie per l'applicazione della tassa istituita dalla legge 11 agosto 1870, n. 5784, all. *O;*

5. Dei ricorsi per contestazioni sui confini di comuni e di provincie;

6. Dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dall'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico;

7. Dei ricorsi in materia di consorzi per le strade le quali tocchino il territorio di più provincie e sopra contestazioni circa i provvedimenti pel regime delle acque pubbliche, ai termini della prima parte dell'art. 124 della legge 20 marzo 1865 sulle opere pubbliche;

8. Dei ricorsi contro il diniego dell'autorizzazione a stare in giudizio ad enti morali giuridici sottoposti alla tutela della pubblica amministrazione;

9. Dei ricorsi sopra tutte le questioni che per leggi speciali non per anco abrogate nelle diverse provincie del regno siano state di competenza dei consigli e delle consulte di Stato.

Nulla è innovato, anche per le materie prevedute in questo articolo, alle disposizioni delle leggi vigenti per quanto riguarda la competenza giudiziaria.

Legge 1° maggio 1890, art. 21:

Alle materie sottoposte alle decisioni di merito della sezione IV del consiglio di Stato, ai termini dell'art. 4 della legge 1889, n. 5992, sono aggiunte le seguenti:

1. Ricorsi contro il decreto emanato dal prefetto per provvedere, ai termini del secondo capoverso dell'art. 106 della legge comunale e provinciale, all'amministrazione delle proprietà od attività patrimoniali delle frazioni o agli interessi dei parrocchiani, che fossero in opposizione con quelli del comune o di altre frazioni del medesimo;

2. Ricorsi contro il decreto del prefetto che, in seguito a reclamo di parte o

Il tribunale locale è la stessa giunta provinciale amministrativa, ordinata colla legge 10 febbraio 1889, art. 10 e seg., deliberante in numero di quattro membri: due consiglieri di prefettura, due consiglieri elettivi, presieduti dal prefetto.

La giunta provinciale amministrativa non ha giurisdizione generale sugl'interessi de' privati o enti quando sono offesi per capo d'illegittimità, come l'ha il consiglio di Stato, ma giudica solo in certi affari determinati, e ne giudica però tanto per legittimità che per merito (1). I casi enumerati concernono deliberazioni e provvedi-

---

d'ufficio, abbia provveduto per regolare o vietare l'esercizio d'industrie insalubri o pericolose ai termini degli art. 32, 33 e 34 della legge sulla pubblica sicurezza;

3. Contestazioni circa la competenza passiva delle spese ritenute rispettivamente obbligatorie per lo Stato, per la provincia e per il comune a termini delle leggi vigenti in materia di sanità pubblica, e ricorsi intorno alla competenza in materia di spedalità tra provincia e provincia;

4. Ricorsi in materia di consorzi per opere idrauliche per le quali provvede lo Stato in concorso delle provincie e degl'interessati, o alle quali concorre lo Stato nell'interesse generale;

5. Ricorsi in materia di concorso di spesa per opere di bonificazione eseguite direttamente dallo Stato col concorso delle provincie, dei comuni e dei proprietari interessati;

6. Ricorsi intorno alla classificazione delle strade provinciali, e contro le deliberazioni della giunta provinciale amministrativa intorno alla classificazione delle strade comunali;

7. Ricorsi contro provvedimenti della pubblica amministrazione in merito ad opere di privato interesse esistenti o che potessero occorrere attorno alle strade nazionali od alla costruzione o riparazione dei muri od altri sostegni attorno alle strade medesime;

8. Ricorsi contro i provvedimenti del prefetto e contro le deliberazioni della giunta provinciale amministrativa in materia di apertura, ricostruzione o manutenzione delle strade comunali e provinciali;

9. Ricorsi contro le deliberazioni della giunta provinciale amministrativa in materia di pedaggi sui ponti o sulle strade provinciali e comunali;

10. Ricorsi contro provvedimenti ordinati dal prefetto a norma di quanto è prescritto nell'art. 378 della legge 20 marzo 1865, alleg. *F*, sui lavori pubblici, relativi ad opere pubbliche delle provincie o dello Stato.

(1) Legge 1° maggio 1890, art. 1.

La giunta provinciale amministrativa è investita di giurisdizione amministrativa, pronunciando anche in merito dei ricorsi che non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, nè appartengano alla giurisdizione ed alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali, relativi alle materie seguenti:

1. Ricorsi contro le deliberazioni dei consigli comunali relative alle istituzioni fatte a pro' della generalità degli abitanti dei comuni o delle loro frazioni, alle

menti di autorità comunali e provinciali riguardanti istituzioni a pro' degli abitanti di comuni e frazioni, spese di costruzioni, spedalità, provvedimenti di sicurezza, d'igiene, consorzi stradali e idraulici o di bonifiche e simili d'interesse locale, fiere e mercati, impiegati locali per licenziamento, o sospensione eccedente i 3 mesi, o per diritti di anzianità.

---

quali non erano applicabili le regole degli istituti di carità o di beneficenza, come pure agli interessi dei parrocchiani, alla sorveglianza ed alla revisione dei conti delle opere di carità e di beneficenza, delle chiese parrocchiali e delle altre amministrazioni sussidiate dal comune, ai termini degli articoli 106 e 107 della legge comunale e provinciale, pubblicata col regio decreto 10 febbraio 1889, n. 5921, serie 3ª.

2. Ricorsi contro le deliberazioni dei consigli provinciali o comunali relative alla esecuzione di spese attorno a costruzioni di cui le leggi pongono eventualmente il ristabilimento o la riparazione a carico rispettivamente della provincia o del comune a mente dell'art. 261 della legge comunale e provinciale.

3. Ricorsi contro le deliberazioni dei consigli provinciali o comunali in materia di spese di spedalità.

4. Ricorsi contro i provvedimenti contingibili ed urgenti di sicurezza pubblica emanati dal sindaco sulle materie di edilità e polizia locale ed in materia d'igiene pubblica, attribuita per legge ai comuni, contro l'ordine da essi emanato di esecuzione de' provvedimenti stessi a spese degl'interessati, nonchè contro l'ordinanza del prefetto che rende esecutoria la nota delle spese medesime, ai termini di quanto è disposto nell'art. 133 della legge provinciale e comunale.

5. Ricorsi contro i provvedimenti emanati dal sindaco in materia d'igiene dell'abitato secondo le attribuzioni che gli sono conferite negli articoli 39, 40 e 41 della legge sulla sanità pubblica del 22 dicembre 1888, n. 5849 (serie 3ª).

6. Ricorsi in materia di consorzi fra provincie, comuni, enti morali, o privati per opere stradali che non escono dai termini del territorio della provincia, e contro le deliberazioni dei consigli comunali in materia di strade vicinali.

7. Ricorsi in materia di consorzi per opere idrauliche poste per legge a carico esclusivo dei proprietari frontisti, senza concorso obbligatorio dello Stato nell'interesse generale.

8. Ricorsi in materia di consorzi volontari ed obbligatori per bonificazioni di paludi e terreni paludosi, da eseguirsi e mantenersi principalmente a spese dei proprietari interessati senza concorso obbligatorio dello Stato nell'interesse generale.

9. Ricorsi contro i provvedimenti ordinati dai sindaci per contravvenzioni alla legge sui lavori pubblici del 20 marzo 1865, n. 2248, alleg. 7, relative alle opere pubbliche dei comuni.

10. Ricorsi contro le deliberazioni della giunta municipale relative alla coltivazione a riso, presentati dagl'interessati o devolute d'ufficio per esservi stato negato il visto del prefetto a termini del capoverso dell'art. 3 della legge 12 giugno 1866, n. 2967.

11. Ricorsi ed opposizioni contro le deliberazioni dei consigli comunali in ma-

Soltanto per due casi la giurisdizione della giunta, per minore gravità delle materie, è limitata alla quistione di legittimità, e cioè nel caso di licenze per esercizi pubblici, e nel caso d'impiegati locali per pene inferiori a tre mesi di sospensione (1).

*Ordinamento e procedura.* — I due istituti contenzioso-amministrativi hanno figura di tribunali speciali, a un grado solo e inappellabili. Ma il consiglio di Stato funge da tribunale di revisione pei giudicati dalla giunta provinciale per le quistioni di legittimità (2). Giudica con sette votanti. In casi d'annullamento, se

---

teria di fiere e mercati ai termini dell'art. 1 della legge 17 maggio 1866, omesse le decisioni della deputazione provinciale prevedute nel secondo capoverso del detto articolo.

12. Ricorsi degl'impiegati provinciali, comunali, delle opere pie e degli enti morali soggetti alla tutela della giunta provinciale amministrativa contro le deliberazioni delle rispettive amministrazioni, colle quali siano stati destituiti, dispensati dal servizio o in qualunque altra forma licenziati o siano stati sospesi per un tempo maggiore di tre mesi, ovvero siasi provveduto intorno alla formazione del ruolo di anzianità.

(1) D. legge, art. 2: « Spetta alla giunta provinciale amministrativa di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, che non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, nè appartengano alla giurisdizione di corpi o collegi speciali.

1. « Contro le deliberazioni dell'autorità di pubblica sicurezza in materia di licenza di esercizi pubblici o di agenzie pubbliche, ai termini degli articoli 50, 51, 52, 65, 69 della legge sulla pubblica sicurezza del 23 dic. 1888, n. 5888 (serie 3ª).

2. » Contro le deliberazioni delle rappresentanze delle provincie, dei comuni, delle opere pie e di ogni altro ente morale soggetto alla tutela della giunta provinciale amministrativa, colle quali siano state inflitte agli impiegati pene disciplinari inferiori a quelle indicate nel n. 12 dell'art. 12 precedente o siansi dati, intorno alla loro carriera, provvedimenti diversi da quelli nell'articolo medesimo indicati ».

Le giurisdizioni ed attribuzioni di corpi e collegi speciali, conservati dall'art. 24 della legge 1889 e dall'art. 1, 1890, sono p. e. in materia di sanità pubblica (legge 20 marzo 1865 e 22 marzo 1865), di fiere e mercati (legge 17 maggio 1866), d'imposte dirette (leggi 18 maggio 1867, 11 agosto 1870, 20 aprile 1871, 24 agosto 1877), di dazio consumo (regolam. 25 agosto 1870), di leva militare (legge 17 agosto 1882), di istruzione pubblica (regolamento 3 novembre 1877, leggi 17 febbraio 1881 e 19 aprile 1889 testo unico), di foreste (legge 20 giugno 1877), di agricoltura (R. decreto 13 maggio 1883), di bonifiche (leggi 25 giugno 1882, 8 luglio 1883), di risanamento di città (legge 15 gennaio 1885), d'imposta fondiaria (legge 5 marzo 1886), sulla fabbricazione degli spiriti (legge, testo unico, 12 ottobre 1883), di tariffe doganali (legge 13 novembre 1887).

(2) Legge 1° maggio 1890, art. 19.

per incompetenza, rinvia all'autorità competente, se per altri motivi d'illegittimità, son riservati gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa. Negli altri casi decide sul merito (1), e così pure la giunta amministrativa (2).

Il ricorso al consiglio di Stato non compete se non esaurito il reclamo amministrativo. Invece quello della giunta è escluso se siasi presentato il reclamo. Anche quello alla quarta sezione però è escluso dal reclamo straordinario al Re, certamente per la naturale economia dei rimedi di giustizia (3).

La procedura e i termini per la compilazione, presentazione, notificazione, deposito del ricorso, son simili a quelli pei ricorsi in cassazione (4). E così pure per l'istruzione e il dibattimento delle cause e per la decisione (5).

Nelle cause avanti la sezione quarta è ammesso l'intervento (6). Nelle medesime cause, come in quelle avanti la giunta amministrativa, è ammesso anche il rimedio della rivocazione (7). Le decisioni non hanno effetto sospensivo tranne che per decreto del tribunale e per gravi ragioni (8). Anche i ricorsi alla giunta hanno le formalità di notifica, deposito, firme delle parti o d'un procuratore speciale di memorie scritte, di pubblico dibattimento orale e di compilazione di sentenza (9).

Come si vede, il tribunale supremo funge per regola come corte di revisione de' giudizi amministrativi, quasi alla maniera della corte amministrativa di Vienna, e solo in via di eccezione sentenzia come corte ordinaria di fatto a modo dei tribunali amministrativi prussiani. Quindi il ricorso è dato solo contro provvedimenti definitivi (art. 28), cioè esaurita la via gerarchica.

Grand'esca e materia arbitraria di quistioni è questo articolo 28, cioè il così detto provvedimento *definitivo*, lasciato *indefinitissimo* dal legislatore, senza che soccorra nemmeno ad interpretarlo alcun

(1) Legge 2 giugno 1889, art. 37-38.
(2) Legge 1° maggio 1890, art. 14.
(3) Legge 1889, art. 28 e giurisprudenza in proposito. Legge 1890, art. 3.
(4) R. D. 17 ottobre 1889, n. 6516, per la IV sezione del consiglio di Stato.
(5) D. regol., tit. 2° e seguenti.
(6) R. D. 17 ottobre 1889, art. 22 e seguenti.
(7) Legge 2 giugno 1889, art. 39; legge 1° maggio 1890, art. 17.
(8) Legge 2 giugno 1889, art. 33; legge 1° maggio 1890, art. 8.
(9) Legge 1° maggio 1890, cap. 2.

principio di diritto pubblico stabilito, essendochè l'art. 270 della legge comunale e provinciale parla di ricorso in via gerarchica, senza dire dove si fermi, l'art. 379 della legge sui lavori pubblici fa similmente, e finalmente le leggi speciali ora accordano un ricorso al Re, *omisso medio,* come è anche la stessa legge comunale (art. 244), ora al governo del Re (art. 172), ora al ministro, e il più delle volte di ricorso non parlano; diguisachè, in mancanza di un principio, provvedimento definitivo sarà quello che per legge speciale non ha ricorso, quale è, p. e., il caso dal comune al governo, perocchè fra questi non v'ha veramente gerarchia, ma solo rapporto di tutela. Ovvero definitivo sarà il provvedimento di quell'autorità a cui per la legge speciale deve essere portato il ricorso. Dove poi tutta la gerarchia debba percorrersi, si è sollevata la quistione se il Re sia capo, e cioè ultimo grado di essa, o invece ne sia fuori assolutamente, il che non è accettabile, se non nel caso speciale di ricorso fatto al Re in via speciale e straordinaria per la legittimità di provvedimenti amministrativi a forma dell'art. 12 della legge vigente sul consiglio di Stato (1).

Le giunte amministrative fungono, per regola, da tribunali di merito, salvo alcuni casi ove parve soverchio o più pericoloso il ricorso anche in merito, e da limitarsi quindi alla ragione d'illegalità (art. 2, legge 1890).

Sono due tribunali indipendenti, ciascuno con sua giurisdizione, l'una generale per legittimità o speciale pe' maggiori affari dove sia interessato lo Stato, o la provincia. L'altro ha giurisdizione locale per legittimità e merito sopra atti di autorità che non superino quella dell'autorità giudicante che è anch'essa provinciale. Tra i due tribunali non v'ha connessione gerarchica di appello, ma solo di revisione per legalità delle decisioni. Le decisioni sono vere sentenze e sono esecutive secondo la loro natura, e secondo la *ratio decidendi,* cioè annullano per legalità, revocano o riformano per ingiustizia.

*Teoria.* — Ci dev'essere negli ordini di Stato un organo per rendere la giustizia contro atti del potere amministrativo che non offendano diritti producenti azione? Restituite alla giurisdizione

(1) Vedi la *Giustizia amministrativa,* 1890, pag. 70, e la *Monografia* ivi inserita, fasc. n. 12.

ordinaria tutte le vere e proprie azioni anche emananti da atti amministrativi, deve tutto il rimanente delle quistioni essere competenza dell'amministrazione, tutt'al più colla modesta forma di un esame sul reclamo, o debbono essere argomento e materia di giudizio di un'altra istituzione — e quale?

Non si dubita più se la giustizia debba essere garentita anche negli ordini amministrativi, ed è vero che, come dice il Laferrière, un contenzioso infine ci è dappertutto. Ma si disputa se questa garantia debba venirle o dallo stesso ordine amministrativo, o dal giudiziario, o da istituzioni speciali (1).

È il contenzioso poi una forma vera di giurisdizione, o non invece una più solenne forma di reclamo? Una revisione più illuminata dell'atto? È funzione giudiziaria o funzione amministrativa? E quale è la formula con cui va distinto dall'ordine giudiziario e dall'ordine amministrativo semplice? È pur sempre il reclamo al contenzioso un puro ricorso *(Beschwerde)* per provocare una nuova decisione *(Beschluss)*, o invece una vera azione amministrativa *(Verwaltungsklage)* per essere definita con una sentenza *(Entscheidung)?*

La primordiale quistione è sempre a quale funzione abbia a riferirsi cotesto còmpito del render giustizia nell'amministrazione.

Esaminiamo i concetti di *giurisdizione* e d'*amministrazione.* Amministrare è operare pel bene, nell'intento di attuare un'utilità; è pubblica o privata secondo che l'utilità sia l'una o l'altra. Quando si tratta d'utilità pubblica, l'operante è un'autorità che ha facoltà, potere di statuire e di fare, quindi impero sopra i subbietti o gli obbietti dell'azione. Lo scopo e il limite a un tempo di tale autorità è quello enunciato dalla formula di Romagnosi e di Rosmini: disporre delle modalità di diritti privati col sacrifizio del minimo mezzo possibile pel massimo fine di utilità generale; criterio che presiede all'amministrare, tanto nell'ordine legislativo, quanto nell'esecutivo.

Questa è amministrazione. Sorge il concetto di giurisdizione quando in occasione dell'operare privato o pubblico nascono contese, cioè pretensioni discordanti di ragioni, ossia pretensioni di ragioni violate. Allora all'amministrazione subentra il *giudizio.* Ogni giudizio presuppone quindi discordia di due volontà, di due

(1) Gneist, *Verwaltungsreform.*

pretese, un *torto* affermato, una violazione pretesa di un diritto. Non si giudica e non si rende la giustizia senza un torto da riparare, un diritto da *restituire*. Le revisioni di quistioni non sono *giudizii*, più che non siano le discordanze di opinioni scientifiche. Sono, seppure, giudizi, ma *teoretici*, non *pratici;* di *cognizione*, non di *azione*.

Il giudizio teorico appartiene alle stesse autorità operanti. In questo senso è vera la sentenza del Romagnosi, che il giudizio del fare appartiene alla stessa autorità che fa, per logica di legge: che chi ha da fare, deve giudicare il da farsi, e che la legge che dà l'*esecuzione*, dà la *giurisdizione*. Ma non già nel senso di risolvere controversie allo effetto di reintegrare la giustizia, che si pretende lesa dal fatto. Tra due volontà in contrapposizione, sul campo del diritto, nessuna delle due, sia pure volontà autoritativa, ha potere o competenza a risolvere. Quella volontà cessa di essere autorità di fronte all'altra, quando invoca il diritto in omaggio alla comune legge dell'eguaglianza giuridica della persona pubblica colla privata.

Ora il contenzioso amministrativo è un giudizio. L'autorità contenzioso-amministrativa ha giurisdizione: lo dicono anche quelle leggi e quelle dottrine che presuppongono e dicono trattarsi d'interessi e non di diritti, di ricorsi e non di azioni, come la legge italiana. Lo dice la formula stessa: *rendere giustizia*, cioè pronunciare su pretesa giuridica autorevolmente con impero, e col corredo della forza. La IV sezione e la giunta provinciale decidono anche in merito, impongono, condannano alle spese, benchè non ai danni. Son dunque i loro de' veri giudizi, delle vere sentenze.

Ora, se la *funzione* è certa, anche l'organo deve esserlo, e cioè dev'essere quello medesimo che è giudicante, o per lo meno una varietà sua che ne presenti tutte le condizioni d'indipendenza, di imparzialità, di competenza. Non vi ha che il sistema francese che in questo dissenta, dando il giudizio di cause amministrative all'organo stesso amministrante in quanto tale. La sua confutazione fu fatta altrove. E rimane vera non solo per la parte de' veri diritti, ma anche per quella de' così detti *interessi*, posto che voglia darsi loro una garantia legale.

Ma se contenzioso amministrativo è giudicare e non amministrare e quindi netta è la sua distinzione, anzi separazione dall'amministrazione, quale sarà la formula di subalterna distinzione

tra esso e la giurisdizione ordinaria? Quale il criterio discriminatore della loro competenza?

L'esame della varie formule servirà non solo a complemento della teoria, ma a riprova del principio stesso della *giurisdizionalità* del contenzioso amministrativo.

La formula *interesse* e *diritto,* da noi altrove discussa, è già abbastanza disadatta ad adombrare la differenza fra *amministrazione* e *giurisdizione.*

Pregio di un criterio distinguente due entità, sarebbe quello di assegnare colla differenza specifica una categoria superiore, a cui si ravvicinino entrambi. Invece qui si ravvicinano tra loro due essenze disparate, l'economica e la giuridica, la fisica e la morale, la materiale e la formale.

D'altra parte, mentre la essenza formale è così disparata, l'interesse e il diritto hanno contenuto promiscuo. Ogni diritto è interesse (1), e benchè non ogni interesse sia diritto, ci può diventare. Invece, a intender la formula, sembra contrapporsi l'un all'altro per guisa che ciò che è l'uno non possa esser l'altro, e che il diritto possa ravvisarsi a bella prima e quasi cogli occhi della carne a quella guisa stessa che può ravvisarsi l'interesse.

Da' vizii logici segue il vizio scientifico e il danno pratico della formula. Imperocchè, il contenuto essendo identico, non possono i due rapporti essere sceverati se non per una operazione, la quale, non potendo essere che quella del giudizio, ne segue che la formula, interesse e diritto, eretta a principio, pecca della più flagrante petizione di principio, dando a discernere in una controversia l'una o l'altra competenza un tal criterio che presuppone esso stesso l'atto di una di esse.

E questi vizii sono tutti, a nostro avviso, derivazione di un altro vizio originario fondamentale, quello di assegnare fra le due potestà una distinzione materiale anzichè formale, cioè di cercare una differenza nel contenuto reale, anzichè nella natura della funzione, saltando al disopra di questa e affissandosi unicamente sull'obbietto o materia loro, come se la funzione amministrativa si versasse sugli obietti o sui beni della vita allo stesso modo come si versa la giudiziaria sui diritti. La verità invece si è che l'am-

---

(1) Cod. proc. civ., art. 36.

ministrazione *fa* ed *attua* i pubblici interessi, la giurisdizione *dichiara* e i pubblici e i privati diritti: *amministrare, giudicare.*

La legge non è però in massima parte responsabile di tali difetti, non avendo essa punto preteso dare una distinzione assoluta delle due potestà, ma solo relativa delle due competenze in ordine alla decisione di una determinata controversia, ed è già un miglioramento della formula, alle crude espressioni *diritto* e *interesse* aver sostituito quella di questioni di diritto e quistioni d'interesse. Più forse, colle esigenze politiche di un pregiudiziale istituto di conflitti, non si poteva fare per ora.

Ma se tale è la formula *interesse* e *diritto* quando si adopera a separare l'amministrazione dalla giustizia, peggio è ancora quando si voglia applicare alla distinzione fra il giudizio amministrativo e il giudizio ordinario. Esso riproduce lo stesso inconveniente della necessità di un giudizio preliminare sui conflitti per sceverare il diritto dall'interesse: solo è attenuato il rischio perchè il rinvio è fatto nel peggior caso a un tribunale, per quanto straordinario. Ma per contro ha un vizio di più, perchè giudizio non è possibile se non sul campo del diritto. Il giudizio è la *restituzione* di un diritto, come la legge è la *instituzione* del diritto. Il giudizio presuppone un diritto, una ragione violata, un *torto*. La *giustizia* è la reintegrazione di quella ragione. E in questo senso è giusto quel che dice il Romagnosi e tutta la dottrina francese, che il giudizio dell'interesse come tale non è se non una forma dell'amministrare. Ma non è giustizia, non è giudizio codesto nel senso della funzione sociale, che tale si dice e s'intende. Riparare un interesse offeso, indipendentemente dal rapporto giuridico, è un affare economico, non può dar luogo a pretese, a sanzioni, a coazioni, ma solo a funzioni di riscontro, d'ispezione della stessa autorità o almeno dello stesso ordine operante.

Il contenzioso amministrativo non è un riscontro dell'amministrazione buona o cattiva: come tale sarebbe errato, sarebbe imperfetto. La stessa forma di azione popolare, come modo di cooperare alla buona amministrazione, non è già più un giudizio di pura utilità. Questo per l'utilità pubblica. Similmente per la privata. Un'istituzione, fatta per riparare gl'interessi privati senza ragione o diritto, sarebbe un assurdo. Un giudizio ove io domandi ad uno di ritornare sull'atto suo libero, solo perchè interessa a me di modificarlo senza averci nessuna ragione, sarebbe un'istitu-

zione a danno della libertà pubblica e a tutto beneficio della privata; sarebbe tanto assurdo quanto chi insorgesse contro l'atto di un proprietario nell'esercizio della sua proprietà, sol per la ragione che quell'atto non fa comodo a lui. Che se si dicesse, che accordare la libertà pubblica cogl'interessi privati è opera di equità e di giustizia, ecco già che si dilegua l'idea dell'interesse puro e si converte in un'entità giuridica, perchè già si allude a qualche legge armonizzante le pubbliche e le private proprietà.

Vedremo ora se tale fu l'intenzione del legislatore italiano, o se tale fu almeno il risultato della legge, cioè dare il giudizio per puri interessi. Per ora teniamo che l'affermare l'*interesse* scevro di diritto come materia del giudizio contenzioso amministrativo è affermazione contraria ai principii di ragione, al concetto della giustizia, a quello della giurisdizione, e perfino alla legge di libertà. E a voler difendere la formula da questa accusa, non c'è altro che di fraintenderla, o meglio intenderla in modo diverso, che è quanto dire essere la formula scevra di verità e di esattezza scientifica. Quindi il dilemma: o il contenzioso amministrativo non è un giudizio, ma una revisione amministrativa dell'atto amministrativo, e ogni tribunale, ogni istituto che non fosse l'amministrazione sarebbe una usurpazione alla funzione amministrativa. O è un giudizio vero, e non può aver per materia il puro interesse senza snaturare e usurpare la funzione giudiziaria, che non può vivere se non nell'elemento giuridico.

Come emendamento a questo vizio ci sta un'altra formula, quella della distinzione tra *diritti*, interessi *legittimi*, interessi *semplici*: materia e competenza i primi del giudizio ordinario, i secondi del giudizio amministrativo, i terzi dell'amministrazione pura. A questa formula s'accosta il sistema italiano, perocchè proprio del contenzioso è sibbene la reintegrazione dell'interesse offeso, ma congiunta alla violazione di una legge, onde quell'interesse non è un interesse semplice e nemmeno un diritto subiettivo, ma un interesse *legittimo*, cioè corrispondente a un diritto obiettivo pur esso offeso dall'atto dell'amministrazione.

Ma qui cade dapprima il domandare se sia possibile codesta terza categoria di un *interesse legittimo*, che spunta fuori tra le due, sinora così divisate, d'interesse semplice e di interesse giuridico, cioè di quell'interesse cui corrisponde un diritto obbiettivo, e che pertanto diritto non sia.

Ora l'interesse dell'attore si può trovare in due rapporti colla legge che egli pretende violata: o rapporto *causale*, in quanto la legge proteggeva quell'interesse, o rapporto *occasionale*, in quanto non proteggeva quell'interesse, ma questo per via indiretta ed eventuale si avvantaggiava dell'osservanza della legge. In quel primo caso quell'interesse è un diritto, e la formula è errata; nel secondo, ritorna la quistione di prima, cioè se quell'interesse che non ha se non un puro legame accidentale colla legge, e non costituisce una ragione subbiettiva dell'attore, abbia giusta pretesa ad una azione contenziosa, ad un giudizio. E la quistione rimane la stessa, avvegnachè nulla muta l'accidentalità di un'eventuale coincidenza tra esso interesse e il diritto oggettivo quando questo non entri come un elemento nella costituzione del diritto. Si avrebbe allora una riparazione del diritto, una difesa della legge, affidata al casuale incontro di un interessato, un'azione popolare non giustificata da un sistema, una violazione del principio costituzionale che la difesa della legge pubblica dev'essere affidata al magistrato, iniziata e compiuta liberamente da lui e non già alla balìa di transitorie e mutevoli private opportunità.

Eppure codesto sistema è quello che più quadra al sistema italiano della riforma ultima del 1889 e 1890. Dove la competenza del contenzioso ha due parti, l'una generica e per *massima* degli interessi offesi con atto illegittimo, l'altra particolare e per casi d'interessi offesi con atto ingiusto. Questa seconda parte si può anche richiamare alla formula d'*interessi legittimi*, giacchè l'ingiustizia presuppone anch'essa la violazione del precetto obbiettivo del retto e giusto amministrare. Ma qui sospendiamo il discorso, perchè per giudicare a fondo di questo principio del sistema italiano vigente è necessario prima discorrere di una terza formula, la più importante.

Questa formula è quella del diritto *pubblico subiettivo* come tema del contenzioso amministrativo, in opposizione al diritto privato come materia del giudizio ordinario.

Ha per sè l'autorevole suffragio della legislazione prussiana, benchè nel complesso di questa si mescolino ancora elementi di puro fatto e materie di puro ricorso.

Intendesi per diritto pubblico subiettivo una facoltà del privato fondata in una norma di diritto pubblico.

Tranne la parola *diritti pubblici subiettivi,* che non è felice perchè ravvicinata ad un subietto particolare o privato, ente o cittadino, suona contraddizione, e che meglio potrebbe essere surrogata dall'altra *diritti politici* o *civici*, la teoria dei diritti pubblici subiettivi ha tutto il fondamento della legislazione e della dottrina. Le quali hanno concordemente ammesso darsi diritti ed azioni particolari o private in virtù di leggi e di regolamenti e perfino di singolari ordinanze di ordine pubblico (1), per la ragione che, come il bene pubblico si *realizza,* a così dire, in molti casi nel bene privato, così il diritto pubblico si attua nel diritto privato.

È sottile e bella, ma non necessaria, la teoria generale dei diritti pubblici subiettivi iniziata dal Gerber (2) e svolta nei lavori dello Zachariæ (3), del Laband (4), dell'Ulbrich (5), dell'Unger (6), del Loening (7), e degli avversari di questa scuola, teoria splendida di idealità giuridica, ma non necessaria alla dimostrazione razionale e positiva della esistenza ed anche della comprensione del diritto subiettivo di ordine pubblico (8).

Certamente muovendo dal concetto ristretto del diritto subiettivo in quanto opera della volontà privata (*Willensmacht),* secondo la vecchia teoria del Windscheid, e materia d'interesse patrimoniale, si finisce per negare, come appunto fece il Gerber, o almeno soverchiamente restringere il campo di un diritto subiettivo negli ordini costituzionali e amministrativi.

Ma se partiamo dalla nostra classica definizione del diritto subiettivo, che dalla scuola romana va alla filosofica di Rosmini e Romagnosi e alla tedesca di Ihering, cioè di un interesse protetto da una norma obiettiva di diritto, ovvero una potestà regolata di agire e di esigere; e codesto interesse non si confina al pecuniario,

---

(1) Vedi *infra,* cap. IX, sez. II.

(2) *Ueber öffentliche Rechte,* Tübingen, 1852, *Grundzüge des deutsch. Staatsrechts,* 1880.

(3) *Staatsrecht.*

(4) *Das Staatsrecht des deuts. Reiches.*

(5) *Ueber öffentliche Rechte und Verwaltungsgerichtsbarkeit.*

(6) *Osterr. Privatsrecht.*

(7) *Lehrbuch des deut. Verwaltungsrechts.*

(8) Vedi la monografia del LONGO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi e il diritto amministrativo italiano,* nella egregia *Rivista di diritto pubblico italiano* diretta dall'ORLANDO.

ma si estende ad ogni utilità economica e morale, praticamente ottenibile, e quindi capace di azione coattiva, non si può negare la subiettività al diritto pubblico, come al privato, e si può stabilire anzi che ad ogni diritto pubblico obiettivo deve rispondere un diritto subiettivo. Infatti la norma obiettiva non è che la regola di un rapporto ipoteticamente concepito, rapporto in cui entrano come essenziali elementi: il subietto attivo e passivo, come l'obietto e lo scopo (1), sia codesto subietto attivo la persona privata, sia il cittadino, sia l'ente particolare di privato o di pubblico ordine, sia lo Stato medesimo.

Sia pure il diritto pubblico subiettivo, più che il privato, corrispondente a doveri, subordinato al concetto dello Stato e del fine statuale, condizionato a forme e limiti imprescindibili; codesto limita, ma non cancella la facoltà subiettiva.

La idea che il diritto pubblico più consista in limiti che lo Stato impone a sè stesso, che in potestà che riconosce agli organi suoi, e ai cittadini, è idea inefficace all'assunto, posto che questi limiti sono pur facoltà e diritti di quelli. Ma non è vero neanco che questi siano limiti posti dallo Stato all'azione dello Stato, ma sono facoltà e diritti principali che lo Stato non può non riconoscere come tali, e quindi come confini al suo potere, le facoltà così dette costituzionali o diritti di riunione, di associazione, di stampa, di culto, ecc. I quali diritti sono anzi nell'essenza loro non pubblici, ma privati, benchè formino materia *convenzionale* del diritto costituzionale, perchè limiti e obietti della costituzione dello Stato, ed appartengono, metodicamente, alla filosofia del diritto, al diritto civile e al diritto amministrativo, in quanto obietto dell'azione amministrativa dello Stato. Nella teoria del Gerber v'è questo solo di vero: che i varii diritti di libertà non debbono essere concepiti in modo assoluto, perchè non aventi obietto o materia determinata, come il diritto di proprietà, o il diritto contrattuale, e sono meglio presunzioni di diritti, dipendendo le loro limitazioni da tutto il complesso delle leggi pubbliche e private.

Ma tutte le facoltà derivanti ai subietti che sono nella sfera del diritto e dello Stato dalla ragione pubblica sono veri diritti subiettivi?

---

(1) Di ciò si può consultare il *Sistema elementare del diritto,* dell'autore stesso di questo libro.

Certamente che si, a condizione che esse dei diritti abbiano le condizioni, e cioè: subietti idonei, scopo utile, coercibilità, o meglio, possibilità pratica di sanzione diretta o per equipollente secondo la teoria generale, che non è qui luogo a trattare.

E non solo saranno coteste facoltà veri diritti personali, ma lo saranno, nel senso *positivo,* come sono nell'ordine *razionale,* perocchè non del solo diritto inglese, ma di ogni sistema giuridico razionale dev'essere vero che dove c'è facoltà di esigere, ci deve essere diritto, e dove diritto, un modo di farlo valere.

Ma il modo però non è il medesimo sempre, e l'esercizio del diritto è sempre cosa diversa dal diritto, e v'ha l'azione pubblica, come l'azione civile, la sanzione amministrativa o politica, e la sanzione giudiziaria.

Perocchè non ogni diritto è esperibile con azione giudiziaria. E quale diritto lo è? Altra teoria che qui non ha sede a spiegarsi, ma necessità ad essere pure accennata.

Le condizioni dell'azione giudiziaria per l'esercizio del diritto sono le qualità estrinseche corrispondenti alle condizioni intrinseche del diritto, e sono, a nostro avviso, quattro singolarmente. La prima, la idoneità del subietto attivo o passivo a stare innanzi al giudice. La seconda, l'idoneità della cosa ad essere riconosciuta ed estimata. La terza, l'idoneità del diritto stesso di essere violato. La quarta, la suscettività dell'oggetto ad essere imposto colla forza che è messa a disposizione del giudice. L'assenza dell'una o dell'altra condizione è in certo modo ostacolo estrinseco al diritto, che ne impedisce l'azione giudiziaria, senza togliere il diritto. Vedremo come da questi principii semplici circa il diritto subiettivo e l'azione giudiziaria, discenda l'applicazione di questa alle varie categorie di diritti pubblici subiettivi.

Ogni subietto che vive nell'ordine dello Stato e del diritto, è, lo ripetiamo, capace di diritti pubblici subiettivi. Quindi:

1° Lo Stato medesimo, considerato come unità politico-giuridica, e come persona astratta. Ma codesti diritti subiettivi dello Stato possono essere politico-amministrativi e patrimoniali. In questi si può concepire che da privati o enti particolari sia violato il diritto subiettivo dello Stato e quindi sia possibile l'esperimento dell'azione giudiziaria contro i violatori. Ma ne' diritti politici o amministrativi difficile è concepire la possibilità della violazione e la necessità dello esperimento giudiziario, perocchè in

quei diritti lo Stato ha la sanzione dell'impero e della forza armata. È come subietto passivo nel giudizio che può immaginarsi ed è per lo più lo Stato, non come subietto attivo.

Egli è questo a che il nostro legislatore riesce coll'art. 28 della legge 1889, perocchè non potendosi il piato portare se non contro il provvedimento definitivo dato in via gerarchica dall'autorità superiore, e questa essendo sempre un'autorità dello Stato, è il privato e non lo Stato che può lagnarsi ed avere azione, altrimenti riuscirebbe lo Stato a reclamare contro sè stesso.

Che, se si potesse concepire tale possibilità, cioè di un provvedimento definitivo d'una autorità dello Stato che avesse offeso i diritti subiettivi dello Stato, si dovrebbe anche ammettere l'azione nel campo del diritto pubblico, azione che riuscirebbe a far risolvere un conflitto interno di attribuzioni amministrative, di che ci dànno esempio i tribunali supremi amministrativi di Vienna e Berlino; in Italia deciderebbe la cassazione di Roma.

2° I comuni, le provincie e in genere le unità organiche amministrative. La subiettività giuridica di essi è innegabile per principio e per legge positiva.

E non è vero che la personalità giuridica loro si restringa allo scopo patrimoniale. Essi godono di tutti i diritti *civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico* (1), diritti cui basta un'utilità qualunque, d'ordine materiale o spirituale non importa, purchè valutabile in modo certo, ed esigibile colla forza o con equivalente economico. Con una legge la quale considera questione di diritto, non solo quella di diritto civile, ma politico, e manda ai tribunali ordinarii l'applicazione di leggi e di regolamenti e di atti amministrativi (2), niente c'impone restringere al puro ordine economico, anzi patrimoniale, come la subiettività giuridica del diritto del singolo, così nemmeno la funzione della personalità giuridica delle pubbliche amministrazioni (3).

Qui la quistione si riscontra con quella della responsabilità. Ma se son vere le ragioni per cui è possibile responsabilità anche nel-

(1) Cod. civ., art. 2.

(2) Legge 20 marzo 1865, alleg. *E*, art. 2 e 5.

(3) Sul largo concetto della personalità giuridica nelle associazioni di diritto pubblico, cons. il VACCHELLI, *Il comune nel diritto pubblico moderno*, Roma, 1890, e la letteratura tedesca ivi citata. Cons. pure CHIRONI, *Le personalità giuridiche*

l'ordine politico-amministrativo, sono possibili esercizii di diritti subiettivi di tal genere. Se un ente può esser subietto passivo di un giudizio, per le stesse ragioni deve potere essere subietto attivo.

Osterà la subordinazione gerarchica, e il difetto di autonomia, come pensano alcuni? Non lo crediamo. Non bisogna trasportare al campo giuridico la questione, tutta politica, e assai dubbia e disputabile delle autonomie locali, e molto meno della loro complessa rappresentanza per la gerarchica esigenza di autorizzazioni e di approvazioni. Basta che l'ente amministrante per necessità di cose e per ricognizione di legge esista, perchè, come che sia vincolato, condizionato, subordinato e quasi dipendente nella vita sua da un cenno dell'autorità centrale, sia capace di diritti; l'organismo, la dipendenza gerarchica influiscono nelle condizioni di esercizio del diritto, come influiscono nella condizione della idoneità del subietto attore, ma non tolgono il diritto stesso, nè rinnegano la subiettività o personalità dell'ente che lo gode.

La dipendenza gerarchica potrà generare solo codesta quistione. Come potrà esercitare il diritto subiettivo l'ente quando ciò sia contro l'atto istesso dell'autorità superiore senza cui il diritto non è esercibile, nè la persona è rappresentabile? per esempio contro il divieto di stare in giudizio? Ma ciò non vuol dire che diritto non ci è. E la difficoltà si scioglie prosciogliendo, in questi casi, l'attore dal debito della venia superiore per dargli facoltà di esercitare questo diritto dei diritti, che è quello di adire il giudice per farsi fare giustizia. E questo ci voleva, ed ecco perchè prima di questa riforma niun comune pensò a citare il prefetto o la deputazione provinciale per farsi autorizzare al giudizio (1). Ma questo fece la legge, e non già creare un diritto che non c'era, o dare l'azione per un mero interesse.

Ma la subordinazione gerarchica è sempre *relativa*, non assoluta, è di tutela e forma e non di merito, e come nelle grandi *funzioni*, così anche nella subordinata degli enti amministrativi, la subordinazione in una funzione non toglie la indipendenza in un'altra, nè superiorità o inferiorità significa confusione di persone, e abdicazione d'una personalità in cospetto dell'altra.

3° Organi delle autorità pubbliche. Questi o costituiscono uffici aventi personalità giuridica, e si deve di essi ripetere quanto

(1) Longo, loc. cit.

dello Stato e dei comuni si è detto, o sono ufficiali, cioè persone singole, e diverso ne procede il discorso.

L'organo dell'autorità statuale suprema, il sovrano, la persona o l'ente che personifica la sovranità, è il subietto di diritto pubblico per eccellenza. Ma questa subiettività non ha che fare colla quistione dell'esperimento giudiziario del diritto. Il sovrano incarna il diritto e non ammette violazione di esso, sia per l'idoneità del subietto a soggiacere ad un altrui ordine, sia perchè l'interesse che dà materia al diritto suo non è accertabile, nè con forza o in equivalente esigibile (1).

Così pure dicasi degli organi o corpi che concorrono ad una funzione sovrana, o tale almeno che abbia in sè la presunzione del diritto, come quelli dell'ordine legislativo e giudiziario. Come non è possibile che questi corpi violino il diritto relativo alla loro funzione, non è possibile nemmeno che sia ad essi violato questo diritto.

Ma gli ufficiali tutti d'ordine esecutivo e amministrativo sono eminentemente capaci di diritti *subiettivi* pubblici, rimpetto alla stessa amministrazione, e non è a dubitarne poichè sono capaci perfin di diritti privati e di patrimoniali. Qui cadrebbe l'esame della teoria unilaterale del Gönner, del Gerber, del Zachariae ed altri i quali non vedono nelle funzioni pubbliche che rapporti di diritto politico, e solamente un dovere, non un diritto. Lasciamone la confutazione ad altri (2), e contentiamoci, per la contraria affermazione, della copiosa dottrina e dell'uso del fôro, concorde nell'ammettere diritti dei funzionari, sia che abbiano a fondarsi in un contratto, sia che nella legge. Senza che (sia detto di volo) alla prima ipotesi possano ostare certe libertà discrezionali dell'amministrazione, anche nella riduzione degli stipendi, poichè l'elemento contrattuale è modificato dall'esigenza d'ordine pubblico, e dall'impero della legge (3), e dall'uso.

Tali diritti subiettivi sono i diritti alle qualifiche, alle funzioni stesse, agli uffici, agli onori, alle promozioni, interessi tutti, ma che varcano il confine delle ricompense economiche. Tali, p. es., anche quelli de' consiglieri amministrativi a veder rispettata la

---

(1) Vedi più oltre cap. VI, tit. I, a proposito delle responsabilità dello Stato.

(2) ORLANDO, *Diritto ammin.*, § 147; LONGO, loc. cit.

(3) Conf. LONGO, op. cit., § 11.

sincerità e l'efficacia dei loro voti (1), se è vero che anche questi possono essere interessi, perocchè, dice Otto Mayer, l'interesse *è uno stato di possesso economico, il punto d'onore nel più lato senso della parola o il sentimento di responsabilità dei membri di un corpo deliberativo.*

4° Cittadini. Non v'ha dubbio che i singoli del popolo in quanto parte integrante della universalità dello Stato, e non considerati come persone separate e distinte, e cioè nei rapporti di diritto pubblico e non di privato, godono diritti subiettivi pubblici.

Il diritto pubblico essendo la norma di conservazione, di distribuzione, di perfezionamento di certi pubblici beni, si concreta e realizza ne' beni di tutti come membri della universalità. La partecipazione a questi beni assicurati ai singoli cittadini tutti è quindi un vero diritto di ciascuno di essi. E però, se la partecipazione è ad una funzione politica, sarà diritto *politico*, come sono i diritti elettorali, tanto gli strettamente politici quanto gli amministrativi; se sarà ad un interesse puramente civile, sarà e si potrà dire diritto *civico* nel senso largo, in quanto esprime quei godimenti che si hanno in virtù dell'esser di cittadino *jure quodam civico*, sia della nazione, sia della comunità. E siccome fondamento di tutti i diritti politici e civici è la nazionalità e la cittadinanza, così anche il diritto a questa non solo non dovrà esser escluso dal novero dei diritti subiettivi, ma dovrà notarsi primo tra tutti alla stessa guisa come la capacità e lo *stato*, anche in diritto privato, è considerato ed è il primo dei diritti. Dove ha, ci pare, ragione il Loening (2) che pone tra' diritti l'appartenenza allo Stato, e il diritto al suo riconoscimento (3). Nè vi può mancare la possibilità della violazione e dello sconoscimento anco per parte dello Stato o del comune, potendo un atto o provvedimento dell'uno o dell'altro negare o ledere un interesse del cittadino appunto sul fondamento del non esser lui tale.

Se non che qui ricorre l'importante distinzione. O le utilità che si acquistano mercè l'appartenere alla cittadinanza (venga essa da origine, da domicilio o da legge, qui non accade ricercare) sono

---

(1) Cons. di Stato, sez. IV (*Giustizia ammin.*, 1890, n. 55).

(2) *Lehrbuch des deut. Verwaltungsrechts*, Leipzig, 1884, pag. 11.

(3) Vedi l'analisi nell'ORLANDO, *Teoria giuridica sulle guarentigie della libertà*, Torino, 1888.

generali a tutti i cittadini *assolutamente*, o lo sono a condizione di trovarsi essi in certe contingenze particolari. I primi sono diritti civici *generali*, come quello d'andar per le vie, navigar pei fiumi, attingere acqua alle pubbliche fonti, coglier legna dal bosco comunale, e generalissimo poi quello di avere una buona polizia, un buon governo, una buona amministrazione. I secondi sono diritti civici *speciali*, come è l'elettorato in politica, e come nell'amministrazione civica poi sono una quantità di utilità derivanti dagli stabilimenti pubblici, dalle discipline di polizia e sanità pubblica, p. e. al ricovero, all'assistenza pubblica, agli accessi pe' proprii fondi sulle pubbliche vie, a non aver l'aria e la luce diminuita dalle altezze soverchie degli edifici vicini e via discorrendo.

Ora i diritti civici generali, senza cessare di esser diritti, non son tali da essere esercitati innanzi la giustizia, per la indeterminatezza degl' interessi singoli. La loro natura è quindi collettiva, e la loro rappresentanza vera è nell'organo politico o amministrativo. E quindi l'azione non potrebbe ragionevolmente lasciarsi ai singoli, se non come rappresentanti anch'essi od organi dell'interesse generale; sarebbe cioè un'azione popolare, e come tale solo potrebbe trovar luogo nell'ordinamento legale della giustizia. Tale è il diritto elettorale, non quando è esercitato dallo stesso cittadino che ne è investito, ma quando un cittadino qualunque voglia impugnare le operazioni elettorali (1).

Diversa cosa è dei diritti civici *speciali*. I quali come dipendono non soltanto dalla *appartenenza* civica, ma da una special condizione del cittadino, s'*incarnano* meglio nel subietto singolo, epperò sono idonei a generare azione personale. Tale è l'elettorato stesso, quando si intenta l'azione dallo stesso cittadino che ne è investito (2). Tale sarebbe pur l'azione di chi si lamentasse contro privati o l'amministrazione stessa di illegali costruzioni permesse o fatte che abbiano offeso l'interesse del reclamante, tanto che ne fu data nella prassi perfino l'azione civile ordinaria.

Tutti dunque i diritti subiettivi pubblici possono essere materia idonea di giurisdizione e di giurisdizione amministrativa. A un intendimento però, ed è che per diritto pubblico intendasi quel diritto che dipende da una norma di diritto pubblico in quanto tale,

(1) Legge comunale, art. 43, 52.

(2) Legge comunale, art. 52.

cioè da quella norma che regola le modalità dei diritti di libertà e di proprietà in grazia dell'utilità pubblica. Non tale sarebbe il diritto a prestazioni derivanti da contratti, sia pure che leggi di pubblico ordine ne prescrivano certe norme di pura garantia amministrativa, come sarebbero i mutui, gli appalti di opere pubbliche. Non la presenza sola di una legge o di un regolamento in un rapporto costituisce il diritto pubblico. Interessa vedere se il diritto stesso di cui si tratta sia regolato dalla legge *ob publicam utilitatem* o se invece sia rimasto qual esso è sotto il principio e il sistema del diritto privato. In questo secondo caso il diritto subiettivo non potrebbe dirsi subiettivo pubblico, ma privato. Tale sarà, per esempio, l'azione per la restituzione del mutuo, pel pagamento della mercede stipulata, quando non sia in questione se non l'esistenza del prestito, o il fatto dell'opera prestata; non così se si trattasse di termini, modi, garantie di pagamenti, o di esazioni da leggi o da regolamenti speciali dettate per fine di necessità o di interesse pubblico.

Dimostrata l'esistenza de' diritti subiettivi pubblici, e divisate le categorie, ritorniamo alla questione nostra.

Se i diritti pubblici subiettivi son veri diritti, quale dev'essere l'autorità competente a giudicarli? Certamente essi esigono una giurisdizione. Ma potrebbe esser questa la giurisdizione ordinaria, e questo formar l'ideale d'una legislazione avvenire, come pensa lo Stein, della quale l'attuale contenzioso non sarebbe se non un avviamento (1)? O dovrà essere una giurisdizione speciale, come sostiene lo Gneist?

Per quanto l'ideale d'un ordinamento giudiziario sia quello dell'*una lex, una jurisdictio,* non si avrà mai, come non si ebbe, l'unità del giudice, l'identità cioè dell'organo della giurisdizione. La giurisdizione potrà aversi una, ma le competenze non potranno essere che diverse. La distinzione in giurisdizione ordinaria e giurisdizione speciale sussisterà sempre, e l'ideale dovrà restringersi alla semplificazione delle giurisdizioni speciali, all'eliminazione di ogni giurisdizione privilegiata, che detragga alla naturale competenza del giudice ordinario. Ora, in fatto di fôro amministrativo, è innegabile che questo debba costituire una speciale giurisdizione. Le stesse ragioni che non sono buone per fondare un giudice pri-

(1) *Verwaltungslehre,* § 1, 408; CARDON, op. cit., pag. 219.

vilegiato dell'amministrazione, cioè il contenzioso all'antica, sono ottime per fondare il fòro amministrativo. La necessità di forme più spedite, la moltiplicità delle materie, e più di tutto la coltura ed educazione speciale che richiede il giudizio amministrativo; comprensione delle leggi pubbliche, de' bisogni che le informano, sperienza del valor pratico delle istituzioni: tutto ciò reclama una composizione, una procedura, una qualità di subietti che non possono essere il giudice ordinario. Le medesime ragioni che determinano le competenze del fòro penale o commerciale, o della contabilità pubblica, o quella delle pensioni, giustificano la necessità di un fòro speciale amministrativo.

La competenza di questo contenzioso amministrativo ci pare bene e costituzionalmente tracciata dal criterio dei diritti pubblici subiettivi, lasciando i diritti privati alla giurisdizione ordinaria, e gl'interessi (se così vuol dirsi) all'amministrazione pura, o meglio, adottato il criterio formale della funzione, si eliminerebbe persino una questione di competenza o conflitto tra la giurisdizione e l'amministrazione, e la formula di distinzione o meglio di suddistinzione sarebbe ristretta a' rapporti fra la giurisdizione ordinaria e la speciale.

Che, se per ragioni al tutto d'ordine politico si sentisse la necessità di un giudizio anche in opera di amministrazione pura, o meglio di garantire nel miglior modo il ricorso in via amministrativa in certi gravi interessi, niuna ragione impedirebbe che questo còmpito fosse riunito al contenzioso amministrativo, perocchè, se è necessario e giusto che tutti i diritti siano garantiti con azione, non fa male però che anche gl'interessi subiettivi, come si dice, specie se gravi, se conformi al pubblico, ricevano tale sovrabbondanza di protezione.

E qui arriviamo al sistema italiano delle ultime riforme.

È questo sistema conforme o difforme da quello dei diritti pubblici subiettivi?

E a udire le formule della legge e le esplicazioni di chi le elaborò, non parrebbe dubbia la risposta assolutamente negativa, e parrebbe certo anzi che non la teoria de' diritti subiettivi, ma quella degl'interessi legittimi fosse quella accolta dal nostro legislatore.

E parrebbe certo questo non già per la formula *interessi di individui o corpi morali* (1), chè potrebbe essere invece temperanza

(1) Legge 1889, art. 24.

del legislatore, l'avere enunciato, anzichè i diritti, gl'interessi come materia delle azioni, essendochè è l'interesse che apre l'adito all'esperimento del giudizio, salvo a conoscere il diritto come fine del giudizio, laddove invece in fatto, congiungendo questo elemento dell'interesse a quello della violazione del diritto obiettivo, potrebbe avere, senza dirlo, accolto il principio del diritto subiettivo. E tanto più questo parrebbe certo, se si guardasse la enumerazione dei casi particolari (1), perchè essi, guardati nel loro contenuto, enunciano veri diritti, talora di diritto pubblico, talora anche di diritto privato. E non sono forse diritti lesi le negate prestazioni per prestiti, le provvisioni ecclesiastiche, le abilitazioni a stare in giudizio, la esecuzione de' giudicati, i reclami per lavori stradali, per prestazioni consorziali, per confini territoriali tra comuni?

Stando quindi a codeste enunciazioni dovremmo dire che il legislatore non solo non negasse ma formulasse appunto, senza dirlo, il criterio de' diritti subiettivi per competenza del contenzioso amministrativo.

Ma, se la formula positiva della legge non ci vieta escludere da essa il concetto de' diritti subiettivi, ce lo vieta la formula negativa, dove cioè esclude dalla competenza del contenzioso ogni questione che già sia competente alla giurisdizione ordinaria, e financo alle giurisdizioni speciali, e ciò dice tanto a proposito della competenza contenziosa per massima (2), quanto a proposito di quella per casi particolari (3): di guisa che il legislatore ci comanda in queste controversie, che sembrano e sono per contenuto controversie di diritto, sceverar questo, e trovarvi invece una questione che sia sol d'interesse, per poterla attribuire al tribunale amministrativo. Se quindi si trattasse di diritti, e non d'interessi, essendochè di ogni questione di diritto politico o civile è attribuito all'autorità giudiziaria ordinaria il giudizio, non ci sarebbe affatto luogo per essi diritti nel contenzioso amministrativo.

Ma è egli possibile questo? Si è reso conto il legislatore della possibilità di trovare tali questioni ne' termini della massima o dei casi da lui formulati?

Lo stesso dubbio non parrebbe permesso in cospetto alla legge chiara, e in cospetto alla realtà de' tribunali amministrativi già

(1) Legge 1889, art. 25, e legge 1890, art. 1, 2, 21.
(2) *Ead.*, art. 24.
(3) *Ead.*, art. 25, e legge 1890, art. 1, 2, 21.

funzionanti in cause che, nella ipotesi contraria, cioè che si trattasse di diritti e non d'interessi, sarebbero tutte usurpazioni all'autorità giudiziaria, usurpazioni che nè le parti, nè la corte di cassazione romana avrebbero lasciate compiersi. Una sola ipotesi è possibile, ed è lecito alla scienza esaminarla, se cioè quelli, che nel senso del legislatore e del sistema tutto italiano si dicono interessi, siano tutti veramente tali, e non invece diritti, a' quali solo qualche ostacolo estrinseco impedisse l'azione giudiziaria, e quindi rimaner potessero come materia di competenza d'una speciale giurisdizione. Esaminiamo.

Bisogna distinguere in tutta la complessiva materia del contenzioso amministrativo, secondo le due leggi 1889 e 1890, tre gruppi di controversie.

1° Gli affari che sono residui sia dell'antico contenzioso del 20 marzo, all. *D* (1), sia di altre giurisdizioni speciali venienti da leggi antiche degli antichi stati italiani (2), o da leggi speciali recenti, p. e. dalla legge comunale e provinciale in materia elettorale (3), o pei ricorsi de' segretari comunali (4), e così dalle leggi minerarie, forestali, doganali, di leva militare (5).

2° Tutte le controversie d'interessi lesi occasionalmente da atti illegittimi dell'amministrazione secondo la massima dell'art. 24 della legge 1889 (6).

3° Le controversie per casi particolari enumerati d'interessi offesi da atti *ingiusti* dell'amministrazione (7).

Ora il primo gruppo è evidentemente composto di vere questioni di diritto. Nè il legislatore lo sconfessa, chiamandoli residui di giurisdizioni speciali, che meglio si direbbero *eccezionali*. Niuno impugnerà certo che diritto sia quello del creditore dello Stato per prestiti o debiti pubblici, dei comuni o altri enti a stare in giudizio (come sopra fu chiarito), di coloro che contendono di provvigioni ecclesiastiche, del litigante che reclama la esecuzione della

---

(1) Legge 1889, art. 25, n. 1, 2, 6.

(2) Ivi, n. 9 e art. 24.

(3) Legge comunale e provinciale 10 febbraio 1889, art. 52, 53, 54 e 90.

(4) Legge comunale, art. 12.

(5) V. SALANDRA, *Codice della giust. amministrativa*, comm. all'art. 25 della legge 1889 sul consiglio di Stato.

(6) Legge 1889, art. 24 e 25, e legge 1890, art. 12 (i due casi).

(7) Legge 1889, art. 25, e legge 1890, art. 1, 2.

sentenza sull'atto amministrativo, del segretario comunale che reclama per l'indebito licenziamento.

A questo gruppo si deve altresì riferire tutto quel gran contingente all'attività della IV sezione de' ricorsi nei quali, anco trattandosi di diritti offesi da atti illegittimi, non si adisce il giudice ordinario, ma il giudice contenzioso-amministrativo per la sola ragione che si domanda non la mera riparazione della conseguenza giuridica dell'atto amministrativo, ma l'annullamento, la revoca o la modificazione dell'atto stesso (1). Ma è chiaro che pure ammettendo che questa limitazione contenuta nell'art. 4 della legge del 1865 sia dettata da una ragione giuridico-costituzionale, e non invece da ragione politica, questa limitazione non cambia però la vera natura dell'obbietto controverso che era e sarà pur sempre un diritto, e nemmen della questione la quale è sempre la medesima e cioè giuridica. Così, con tali espedienti, si riesce ad avere per una medesima quistione due giurisdizioni, l'ordinaria se si controverte dagli effetti, l'amministrativa se dalla revoca dello stesso atto, almeno nell'ipotesi di molti e anche della cassazione romana che vuol distinguere la prevalenza delle due quistioni per determinare la competenza ordinaria o contenzioso-amministrativa.

Il secondo gruppo, poichè non è definito dalla legge se non negativamente o per semplice ipotesi, si ridurrebbe agl'interessi che non sono direttamente e intenzionalmente ma solo occasionalmente ed accidentalmente protetti dalla legge, e quindi occasionalmente violati dall'atto illegittimo, perocchè per gl'interessi legalmente protetti entrerebbe la competenza ordinaria. Codesta lesione e riparazione occasionale potrebbe avvenire in due modi, o nel caso di interessi privati accidentalmente congiunti a quell'interesse pubblico che solo ed esclusivamente volle la legge proteggere (2), o

(1) Vedi i casi nella *Giustizia ammin.*, 1890, pp. 140, 351, 260, 282, ecc.

(2) Tale è il famoso esempio dell'AURITI (Senato, 22 marzo 1884, pag. 1212), cioè del reclamo contro l'atto dell'amministrazione che avesse deviato una strada ferrata dal tracciato per legge stabilito, quando questo reclamo fosse intentato non dal proprietario di fondi occupato dal nuovo tracciato (perocchè questi avrebbe un vero diritto da sperimentare), ma dal proprietario di un fondo che sarebbe stato avvantaggiato dalla strada ferrata se fosse stata eseguita secondo il tracciato legale. Saremmo curiosi di vedere un tale caso d'interesse occasionale portato alla prova della sezione IV. Ma sinora dalle nostre ricerche nella giurisprudenza di essa non ci venne trovato un solo esempio d'interessi veramente *occasionali.*

nel caso in cui l'interesse direttamente protetto dalla legge, epperò diritto, non fosse leso da un atto definitivo, ma solo preparatorio (1). Ora, secondo i principii sopra divisati, per codesto gruppo di controversie la giustificazione giuridica della competenza contenzioso-amministrativa non potrebbe consistere nella prima ipotesi che in un'azione popolare moderata, a somiglianza degli antichi interdetti per le cose pubbliche (2), nella seconda che in un'azione preventiva per evitare un danno minacciato o preparato. La formula per determinare la materia di tale competenza solo nella prima ipotesi di questo secondo gruppo sarebbe quella *d'interesse legittimo* ammesso però che sia possibile questa mera *occasionale* congiunzione d'un interesse privato col diritto pubblico.

Del terzo gruppo non va detto diversamente, ma con una dichiarazione importante.

Anche in questo gruppo l'interesse privato può essere o protetto direttamente da una legge, ed allora si tratta di un diritto, o può essere solo occasionalmente da legge dipendente, e si tratterebbe di un semplice interesse. La giustificazione di questa seconda parte non potrebbe consistere anche qui che in un'azione popolare ristretta.

In quanto alla prima, il diritto leso da atto ingiusto non sarebbe di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, e rimarrebbe per legge competenza del contenzioso, a differenza degli interessi-diritti lesi da atto illegittimo che invece spetterebbero alla giurisdizione ordinaria, secondo il precetto degli articoli 2 e 5 della legge del 1865. Perchè questa differenza? Perchè nel senso di questa legge interpretato da una larga giurisprudenza forense non si ritiene già per diritto, ma per mero interesse quello che fu tolto o diminuito da atto di autorità competente o procedente legalmente.

E, a dir vero, se si ritiene che l'autorità amministrativa competente come è responsabile, così debba essere giudiziariamente incensurabile degli atti suoi; se essa sola è giudice, a così dire, competente della necessità, convenienza ed opportunità dell'atto; se l'atto discrezionale è quasi sovrano, e quindi inemendabile fuorchè da lei stessa ne' gradi superiori della gerarchia amministrativa; se, per conseguenza, esso deve avere in sè la presunzione della giustizia;

---

(1) P. e. il caso di una deliberazione illegittima preordinante un'espropriazione (*Giustizia amministrativa,* 1890, p. 71).

(2) *Confr. sis. infra,* cap. X.

è logico il riconoscere che l'effetto di codesto atto non può essere una violazione di diritto, e che quindi esso si riduce a un puro material danno, a un puro interesse, e quindi inidoneo a qualunque vero giudizio.

E veramente ci sta sempre nell'animo il dubbio, che altrove accennammo, se sia conveniente, costituzionale, razionale, una teoria contraria; se giovi lo spostar la responsabilità definitiva d'un atto dall'amministratore a un magistrato che, comunque eminente per posto, per dottrina, per esperienza speciale, non è e non dev'essere responsabile del fine pubblico.

Ma se si accetta il principio contrario come lo accettarono le leggi del 1889 e del 1890, se si ammette un giudizio sul *merito* dell'atto amministrativo, è evidente che non si può parlar più *d'interesse puro*, senza petizione di principio, supponendo, cioè, tolto o diminuito un diritto da un atto, della cui giustizia si deve giudicare, poichè è pur certo che il diritto non può esser tolto o modificato se non da atto che sia o provato o presunto per giusto. Quindi in questi casi la formula della legge è equivoca, anzi falsa in parte, perocchè non d'interessi, ma di diritti dovrebbe parlarsi offesi da un atto amministrativo ingiusto, senza dire poi, che in questo elettuario di pretesi interessi, che son poi de' veri diritti (1), non un principio giuridico domina ma il criterio empirico della opportunità, come saggio e avviamento ad un futuro sistema, inconveniente che non può essere ancora compensato dalla sapienza della scelta e dalla larghezza e diligenza delle ricerche, come lo fu nel sistema germanico.

Da tali analisi si raccoglie come il principio degl'*interessi legittimi* non si verifica se non in quel solo de' casi che risponde ad una delle due posizioni del 2° e 3° gruppo, la quale fu enunciata dal legislatore solo negativamente ed ipoteticamente, non esemplificata nè dimostrata, e dimostrabile solo col sistema di un'azione popolare ristretta, il che non pare fosse nelle idee de' fautori della legge. Onde si trova che il criterio dell'interesse legittimo nei più dei casi non è vero, e, vero solo in un caso ipotetico, non è nemmanco in questo a nostro avviso giustificato.

---

(1) Bene su ciò ragiona C. SORO DELL'ITALA, *I progetti e la legge sull'ordinamento della giustizia amministrativa (Filangieri,* 1890, XII, e 1891, I).

Ad ogni modo il rimedio dato liberalmente dal legislatore italiano a diritti e non diritti ci sembra, con tutto il difetto originario dell'istituzione e dell'organo ad essa dato, una vera azione, benchè innanzi a magistrati dell'ordine amministrativo. Nè nuoce l'art. 28 della legge 1889 che la vieta nel caso di ricorso straordinario già esaurito in via gerarchica, quasi con ciò abbia voluto accomunare il ricorso all'azione. La inferenza è troppo forte. Il legislatore ha creduto soverchio l'esperimento d'un'azione formale dopo un ricorso considerato come rimedio straordinario. È una ragione di economia giudiziaria: ecco tutto. Ma la giurisprudenza del consiglio di Stato ha ritenuto trattarsi di ricorso, non di azione, per molti effetti, p. e. quello che il ricorso degli enti tutelati non abbisogni di autorizzazioni.

In riassunto, la riforma del legislatore italiano, commendevole come saggio e promessa del meglio avvenire e come progresso sul sistema precedente, allo stato presente, e per la confessata immaturità degli studii preparatorii a tanta riforma, lascia luogo alle annotazioni seguenti:

1° Assenza d'un principio unico regolatore della competenza del contenzioso amministrativo; moltiplicità e difformità di criteri, anzi mero empirismo nella scelta dei casi.

2° Indeterminatezza nel concetto della funzione e quindi, per riflesso, nella posizione costituzionale dell'organo giudicante.

3° Incoerenza colla legge organica del 1865, mantenendo gli avanzi di giurisdizioni eccezionali lasciati da essa e da altre leggi speciali antiche, e perfino recenti, in contraddizione al generalissimo criterio nella legge stessa del 1865 enunciato e nella legge 31 marzo 1877 confermato.

4° Confusione ed equivoco tra interessi legittimi e diritti subiettivi quando sotto quella denominazione si comprendono veri diritti violati da atti ingiusti, i quali però sarebbero come tali di competenza naturale del contenzioso, ma non dovrebbero essere secondo il lato principio che attribuisce alla giurisdizione ordinaria tutte le quistioni di diritto civile e politico; incoerenza innocua, ma incoerenza, che poteva esser sì bene evitata dando per natural materia dei giudizii amministrativi i diritti subiettivi pubblici.

5° Mancanza di una vera ragione giustificatrice della competenza del contenzioso amministrativo in interessi puri, solo occasionalmente violati da atti amministrativi illegittimi o ingiusti.

6° Incoerenza poi nelle determinazioni secondarie del sistema. Prima tra tutte la eccezione degli atti o provvedimenti politici, eccezione che lascia senza riparazione il caso dove è più facile l'abuso, e il danno più grave, e suona come giustificazione *a priori* delle illegittimità e degli abusi politici, invano difesa colla speciosa garantia della responsabilità ministeriale; eccezione vaga per la indeterminata significazione degli *atti politici*, lasciata (come l'onorevole Salandra interpretò) al giudizio dello stesso tribunale amministrativo; eccezione infine incoerente al sistema della legge del 1865, che pure accorda azione e giudice per atti politici illegittimi quantunque tale azione poi al fatto venga delusa colle teorie trionfanti della irresponsabilità dello Stato per tale natura di atti (1). Seconda eccezione poi quella delle operazioni doganali e di leva, viziate di ingiustizia, o di violazione di legge, anch'essa male giustificata per le garantie de' consigli speciali e tecnici, che siedono allato al ministro (2). Una terza incoerenza quella di aver dato per gli affari locali e minori due gradi di esperimento, per i centrali e maggiori un solo; perocchè quantunque l'appello dalla giunta amministrativa al consiglio di Stato si limiti alla legalità, è pur sempre un secondo esperimento.

Sistema più liberale certo del francese, ma a questo stesso (per non dire de' germanici di lunga più perfetti) per chiarezza e per organismo inferiore, impone il dovere di studii più maturi e comprensivi ripromessi in tutto il còmpito della giustizia amministrativa, non trascurando l'affine istituzione del *conflitto*, e dai quali si attende tale un sistema che, rompendola cogli espedienti e colle imitazioni forzate d'altri popoli e d'altri costumi, co' timori e le diffidenze che generarono le ibride istituzioni di giurisdizioni frazionate, eccezionali, formali, colla moltiplicazione infinita degl'inutili e costosi litigi di competenze, s'ispiri alla semplicità del genio e della tradizione italiana, s'informi ai bisogni della giustizia per la persona pubblica del pari che per la privata.

Il legislatore dev'essere convinto che i tribunali amministrativi non sono freni di diffidenza, non sono parafulmini oggi all'amministrazione, domani alla magistratura ordinaria: sono istituzioni di

(1) Vedi *Instituz. di dir. ammin.*, sez. II, cap. 6.

(2) Su tali eccezioni e sulle singole disposizioni vedi l'esposizione del FRANCESCHELLI, *Giustizia nell'amministrazione*, parte II.

giustizia le quali non han bisogno che di queste garantie naturali: imparzialità del giudice, coltura idonea di esso, parità dei contendenti, semplicità di ordini e di procedure, determinazioni chiare di competenze per evitare la produzione di sofismi pregiudiziali e rituali — istituzione che non ha da essere sezione di nessun'altra autorità, ma sezione soltanto della grande funzione giudicante, dell'unico organo della giustizia per tutti.

Con questa forte giustizia soltanto si potrà contenere la tendenza dei governi di partiti e in tali governi realizzare lo stato di diritto, il sogno de' tempi.

## CAPO X.

### Degli atti amministrativi. — Loro qualità ed efficacia.

La teoria de' limiti ci disegna il confine del potere amministrativo dagli altri, e l'oggetto della scienza nostra. A compiere questo scopo è mestiere scendere ora dal potere all'atto, e studiarne la natura, i caratteri, il valore.

Atto amministrativo è una statuizione dell'autorità amministrativa, o un'azione, un fatto dell'amministrazione, che si riferisce alle sue funzioni (1). Distinguono l'atto amministrativo dall'atto di amministrazione, secondochè consista nelle funzioni proprie dell'autorità amministrativa o nella gestione del patrimonio.

Sono gli atti amministrativi *positivi* o *negativi*. Atto negativo è quello che sta nel non fare, in quanto il non fare dipende anche esso da una determinazione dell'autorità e gode quindi degli stessi privilegi. Anche gli atti dell'autorità amministrativa sono *generali* o *speciali*. Sono generali quelli emanati come norma generale, sono speciali quelli emanati per un caso dato. I primi sono i *decreti* o i *regolamenti*, i secondi diconsi *provvedimenti*. Il fondamento della distinzione sta in ciò che l'autorità amministrativa, quantunque essenzialmente *attiva* e quindi procedente per casi concreti e singolari, deve tuttavia svolgere la sua azione dietro certe norme che sono qualcosa come di mezzo alla legge generale e al caso particolare. Queste norme costituiscono i regolamenti e le di-

(1) MERLIN, *Répert.*, *Acte admin.* Legge 20 marzo 1865, alleg. *E*, art. 2 e seg.

sposizioni complesse di ogni genere sopra una data materia o un ramo d'amministrazione. L'azione stessa poi o l'applicazione immediata della legge o del regolamento a' casi particolari è il *provvedimento.*

I regolamenti e provvedimenti pigliano vari nomi secondo le forme o l'intento. Così quelli possono suddistinguersi in *interni* od *esterni.* I primi diconsi anche *circolari* o *istruzioni,* quando sono diretti agli stessi agenti subalterni amministrativi e servono a governo delle loro funzioni. I secondi, che ritengono il proprio nome di regolamenti, son rivolti all'universale de' cittadini che debbono conformarvi la loro azione. I provvedimenti poi pigliano anche il nome di *decreti, ordinanze, concessioni,* quasi promiscuamente; o di *rescritti,* quando son dati sopra istanza di alcuno.

I regolamenti *esterni* sono poi o *generali* o *locali* secondochè provengono dall'autorità centrale e per interesse universale, o dall'autorità locale e per interesse locale.

Finalmente s'usa distinguere i regolamenti puramente esecutivi, cioè in esecuzione d'una legge speciale, da' complementari che sono dalle autorità, segnatamente locali, emanati in virtù di una legge per provvedere a un determinato oggetto, come sono i regolamenti locali igienici, edilizi, di polizia, ecc.

Caratteri generali dell'atto amministrativo sono i seguenti. L'atto amministrativo è 1° *spontaneo,* perchè può esser posto dall'autorità ancorachè non richiesta; 2° *discrezionale,* perchè spazia nei confini segnati dalla legge o tracciati da uno scopo; 3° *non contradditorio,* perchè trattando di semplici interessi non procede fra contestazioni di parti; quindi 4° *spedito* e *meno solenne* essendo la contraddizione di diritti opposti quella che reclama la tutela di riti e di forme inalterabili. Ciò non vieta peraltro che possano esservi in certi casi, e ci siano infatti, *forme* dell'azione amministrativa imposte dalle leggi o regolamenti, di che si tratterà a suo luogo; 5° *revocabile* ed *emendabile* dalla stessa autorità emanante, appunto perchè ha per materia un semplice interesse, che è essenzialmente mutevole e dipendente dalla volontà discrezionale. Si eccettua il caso quando l'atto amministrativo compiuto ha generato un diritto. Neppure quando la legge ha imposto un termine a' reclami, la giurisprudenza ha interpretato che siano questi fatali, cioè tolgano alla stessa autorità amministrativa la facoltà di modificare o revocare se la cosa sia integra, benchè per consuetudine

gli atti esauriti o perenti per trascorrenza di termini non sogliano ritrattarsi; 6° *sindacabile* e *responsabile*, perchè è questo il naturale effetto della spontaneità e subiettività sua.

Tali caratteri differenziano l'atto amministrativo principalmente dall'atto giudiziario, il quale è sempre: 1° *non spontaneo*, ma provocato da domanda dell'interessato; 2° *assoluto*, poichè determinato dal diritto; 3° *controverso*, perchè contiene la risoluzione di un conflitto giuridico; 4° *solenne*, cioè con forme tutelari della giustizia e imprescindibili; 5° *irrevocabile*, perchè fondato su giustizia, tranne che può essere riformato o rivocato per l'autorità superiore e ne' gradi determinati dalla legge; 6° *irresponsabile*, perchè necessariamente obiettivo e conforme alla legge per suprema insuperabile presunzione giuridica. Nè detrae a questa irresponsabilità la sanzione civile e penale incombente ai giudici corrotti o prevaricanti (1), perocchè questa sanzione non cade sull'*atto stesso giudiziario*, cioè la sentenza, ma sopra un atto che l'accompagna, essenzialmente doloso, p. e. la dolosa sottrazione o distruzione di documenti (2), o l'accettazione di donativi o rimunerazioni (3).

L'*efficacia* dell'atto amministrativo è *giuridica*, cioè importante vera *obbligazione*. La ragione si è, che l'atto amministrativo emana da fonte legittima e da autorità che per sua natura ha diritto a statuire. Nè osta che alla sola autorità legislativa stia il far leggi, poichè non è solo la legge che obbliga, ma ogni comando di legittima autorità, purchè conforme alla legge.

L'effetto dell'atto amministrativo è retroattivo, o non piglia vigore se non dal momento della sua emanazione? Distinguo: retroattivo alla domanda no, a meno che non sia espresso nè voluto, ovvero ciò non importi per sua indole, perocchè sua natura ordinariamente è non dichiarare il diritto, ma concedere la facoltà. Ma sarà almeno retroattivo alla decisione anteriore quando l'atto amministrativo l'annulla, la revoca o la modifica? Rispondo: Se l'annulla si, se la revoca o modifica no, a meno che non sia espresso o voluto, e ciò per la detta ragione. Negli atti giudiziari la retroattività invece è di regola. Diversa è la quistione della retroattività del regolamento amministrativo in ordine alla materia o atti che

(1) Cod. pen., lib. II, tit. III, cap. II, e cod. proc. civ., lib. III, tit. II.
(2) Cod. pen., art. 212.
(3) Cod. pen., art. 217.

governa, perocchè là domina la regola stessa della retroattività nel diritto pubblico, o meglio del non darsi contro la legge d'ordine pubblico diritto quesito se non per fatto irretrattabile e consumato.

Ma della efficacia obbligatoria dell'atto amministrativo sono da vedere gli elementi e la sfera della sua applicazione. Gli elementi sono la competenza, le forme, le condizioni, la opportunità. Di queste si disputò sopra (1). La sfera è data dalla natura dell'atto e dalla giurisdizione e volontà di chi lo emana. Il regolamento generale obbliga tutti, il particolare o locale il luogo, esempligrazia il comune o la provincia, cioè tutti coloro che vivono in essa o vi possiedono (2), essendo natura de' regolamenti di ordine pubblico quella di spiegare la loro forza sul territorio, e quindi sulle persone e sulle cose, e sugli atti che vi esistono o vi si formano in ragione di tale esistenza o formazione.

Il regolamento interno, come la circolare o la istruzione ministeriale, obbliga i suoi funzionari o agenti dell'amministrazione, salvochè non dichiari disposizioni già incluse nel regolamento. Il provvedimento infine non obbliga se non la persona cui è diretto.

Ma un'elegante quistione si è quella di vedere se dagli atti amministrativi possa sorgere azione civile.

La quistione essendo fin ad un certo punto comune a' regolamenti e alle leggi amministrative, incominciamo da queste. La leggi amministrative, essendo dettate nell'interesse pubblico, creano per lo più diritto all'amministrazione, obblighi agli amministrati. In ciò il diritto dell'amministrazione non è diverso da quello dei privati cui il diritto privato concede certe facoltà, se non in questo che, mentre il diritto dei privati va solamente sino al chiedere, quello dell'amministrazione va sino ad esigere, poichè come autorità pubblica ha essa la esecuzione coattiva de' suoi diritti, tranne i casi in cui *privati jure utitur*, come avviene de' diritti suoi patrimoniali. Anche nel caso che incontri ostacolo nel diritto privato, l'azione non cessa di esser pubblica o amministrativa, il provvedimento non si arresta nè si modifica se non per gli effetti.

Ma, benchè la legge amministrativa instituisca per lo più diritti della persona pubblica, ed obblighi de' privati, non resta tuttavia per questo che indirettamente possa consecrare ancora diritti pri-

(1) Sez. 1ª, cap. VII, art. 6.

(2) Statuto personale o reale (territoriale sempre).

vati, cioè quando lo stesso interesse pubblico richieda o la mente del legislatore voglia quasi in corrispettivo degli obblighi loro imposti, riconoscer loro dei diritti sia verso l'amministrazione stessa, sia tra privati, nel che è da studiare attentamente la *ratio legis* e la *mens legis*. L'indole del diritto pubblico non esclude nel suo concetto un'azione privata, essendochè ciò che fa il diritto pubblico non è la persona dell'avente diritto, ma lo scopo e la ragione della legge (1).

Ora, considerato che anche l'atto amministrativo attinge forza giuridica dalla legge stessa, o almeno dalla stessa sovranità cui l'attinge la legge, e così può generare diritti privati, con ciò solo possibilità d'azione civile può nascerne.

E a questo suffraga il diritto stesso positivo, quando stabilisce che i giudici applicano i regolamenti agli atti amministrativi in quanto sian conformi alle leggi (2). La quistione resta a vedere quando il regolamento sanzioni o no un diritto. In ciò oltre a' criteri già esposti sopra, cap. 6, art. 7 e cap. IX, soggiungeremo qualche altra osservazione.

Due casi possono avvenire: o cioè il regolamento attribuisce una facoltà all'amministrazione, o al privato. Se si tratta di facoltà concessa all'amministrazione stessa, più facile, anzi generale è la presunzione che ad essa competa, oltre l'azione amministrativa, quella giudiziaria, poichè, lo scopo dell'atto essendo sempre l'interesse pubblico, il quale è rappresentato dall'amministrazione stessa, la facoltà dev'essere necessariamente munita di giuridica sanzione, s'intende quando versi su materia idonea di obbligazione o di azione. Se invece è il privato che invoca l'atto, o il decreto, o la legge amministrativa, allora non è da presumere, ma da provare la intenzione o volontà di sancire un diritto. La indagine sta nello scopo della legge e nell'interesse, a vedere cioè se l'interesse privato è talmente connesso col pubblico, che questo o consista fondamentalmente in quello, o non possa separarsene. Nè basta; è necessario ancora che codesto interesse privato siasi voluto dal regolamento tutelare come veramente tale e non come frazione dell'interesse pubblico rappresentato da un organo apposito e dall'autorità pubblica.

---

(1) Vedi l'illustrazione di questo concetto nel cit. *Sist. elem.*, cap. 23, pag. 382 a 387. Vedi anche sopra cap. II, IX, e infra sez. 2ª, cap. V, art. 2.

(2) Legge sul *Contenzioso ammin.*, 20 marzo 1865, alleg. *E*, art. 5.

Quando il sistema di governo e di amministrazione non è bene sviluppato, in modo che ogni interesse pubblico non abbia un organo speciale che lo esprima o lo rappresenti e lo tuteli, allora gli stessi cittadini singoli, ne' quali quell'interesse si concreta e si attua, esercitano il diritto o la facoltà a quell'interesse corrispondente. Così fu delle *populares actiones* in diritto romano tanto in materia civile che in materia penale. Tali, in materia pure amministrativa, erano gl'interdetti per tutelare l'uso delle cose pubbliche, come l'*interdictum ne quid in loco sacro fiat*, per cose sacre (1), l'*interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat*, per qualunque luogo pubblico (2), e specialmente per una via pubblica: che davansi *cuilibet de populo* (3), ad impedire che altri facesse opere sul pubblico dannevoli, o a non essere impedito nell'uso della cosa pubblica. Tali erano eziandio gl'interdetti *ne quid in flumine publico ripave ejus fiat* (4), per impedire o togliere ostacoli alla navigazione, al traffico, all'approdo, ovvero per impedire opere che cambiassero il corso del fiume, cioè all'effetto che l'attore non fosse impedito di navigare per fiumi o laghi, di approdare merci, di abbeverare, ed altre cose fare che porta l'uso naturale dei fiumi. E tali infine erano gl'interdetti a tutela delle pubbliche cloache (5).

Scopo di codesti interdetti od azioni popolari era il provvedere all'interesse pubblico in difetto di autorità propria che lo rappresenti e tuteli. Infatti, quando questa è ben costituita, e quando l'azione popolare non è più compatibile coll'interesse pubblico, anche in diritto romano l'azion popolare vediamo, benchè non sempre, cessare. Tale era il caso, quando l'edificio fatto nel pubblico in danno dell'uso pubblico fosse già compiuto, nel qual caso l'azione per remozione appartiene al magistrato *qui operibus publicis præerat* (6); e questa è la ragione per cui gl'interdetti per le strade erano proibitori e non restitutori, perchè la restituzione dell'opera nuova fatta urtava in un altro interesse che era legittimamente rappresentato dall'autorità edilizia, cioè *ne ruinis urbs deformetur*. Così

---

(1) L. 1, pr., *ne quid in loco sacro*. L. 2, § 19, *ne quid in loco publico*.

(2) L. 2, § 10, *ne quid in loco publico*.

(3) L. 2, § 20, 24, 35, 45, *eod.* tit. Dig., *de via publ. et itin. refic.*

(4) Tit. D. *ne quid in flum. publ. ripave ejus fiat*.

(5) L. 11, § 5, 16, L. 2, *de cloacis*.

(6) Ulp. L. 2, § 17, 19, 24, L. 7, *ne quid in loc. pub.*

l'*interdictum de via publica* apparteneva principalmente alle strade rustiche, come dice Ulpiano, non alle urbane: « *harum enim cura ad magistratus pertinet* » (1), e lo stesso: *si viæ publicæ exemptus commeatus sit vel via coarctata, interveniunt magistratus* (2). E si dava non contro la stessa pubblica autorità, ma contro i privati, com'era pur dell'azione *damni infecti* (3).

È grave quistione se questo concorso dell'azione privata popolare colla pubblica, che è destinata alla tutela d'un servizio pubblico, sia più compatibile colle moderne istituzioni. La legislazione italiana non ha esempi precisi di azione popolare, se non sia in materia elettorale (4), in materia forestale e d'istituzioni di beneficenza (5), come l'hanno in certi casi la legge belga e la francese (6), che ammettono, sotto certe condizioni, l'abitante o il contribuente a esercitare le azioni del suo comune.

Questi medesimi casi però dimostrano che l'azione popolare è compatibile anche con uno Stato di molto sviluppo della civiltà e delle istituzioni rappresentative (7). Nello stesso *ramo penale,* l'azione o accusa privata si unisce alla pubblica mediante l'azione civile congiunta alla penale oltre la denuncia e la querela. Eppure in quello l'azione pubblica è certa ed obbligatoria, mentre nel ramo amministrativo è facoltativa o discrezionale, e quindi non provvede sempre e sicuramente. Dunque il caso di azione privata può esservi quando si tratta d'interesse la cui rappresentanza pubblica è assai difficile, e che si rifrange di sua natura ne' varii interessi particolari. Se non che, altro è azione propriamente popolare nell'interesse pubblico, altro azione privata in virtù di pubblico regolamento nell'interesse privato. Se lo spirito del diritto moderno ha abolito l'una, non è ragione che manchi l'altra quando ne esistano le condizioni generali. Così se una legge o un regolamento edilizio, nell'interesse della sicurezza o della igiene pubblica, prescrive un limite

---

(1) L. 2, § 20, 24, 35, *ne quid in loc. pub.*

(2) Ivi, § 25.

(3) Leg. 2, § 44, *ne quid in loc. pub.;* L. 15, § 10, *de damn. inf.*

(4) Legge com. e prov., art. 52.

(5) Legge for. 20 giugno 1877, n. 3917. Legge sulla benef. 17 luglio 1890, n. 6972.

(6) Legge comunale belga 30 marzo 1836. art. 150, e legge francese sull'amministrazione comunale 18 luglio 1837, art. 49.

(7) Sulle azioni popolari sono da vedere il recente lavoro del COVACCI-PISANELLI, *Le azioni popolari,* Napoli, 1887.

massimo all'altezza delle fabbriche o alla grandezza delle aree interne, non ripugna il principio del diritto che il cittadino più interessato, p. e. il vicino, possa avere oltre il reclamo amministrativo, anche l'azione civile per domandare l'applicazione di quel regolamento contro colui che lo violò a suo danno. Infatti in questo caso si possono verificare tutte le condizioni per la creazione di un diritto: autorità legittima ordinante, legge, obbligo imposto, precisione e determinazione di quest'obbligo (1), e interesse primario in determinata persona (2), avvegnachè l'interesse e il danno pubblico si realizza, in quel caso, negl'interessi e nei danni privati. Per tali condizioni scaturisce chiara la intenzione del legislatore o dell'autorità di sancire un obbligo giuridico a favore non solo del pubblico collettivo, ma dei singoli interessati, a meno che il contrario risulti esplicitamente o implicitamente dal tenore dello stesso regolamento (3).

Del resto se l'interesse e lo scopo della legge e del regolamento sia l'interesse pubblico e comune in via principale, e l'interesse individuale solo lo sia in via subordinata e accessoria, o sia anche l'interesse individuale principalmente inteso a scopo della legge o del regolamento; in altri termini, se l'interesse individuale che si ha all'osservanza della legge sia preciso e determinato, o solamente vago e indeterminato; se infine l'interesse che s'invoca spetti al privato come a tale o soltanto come a parte o frazione del pubblico, *uti universis*, e non *uti singulis*, è tutta quistione di apprezzamento del giudice, grave e delicatissima.

La più interessante applicazione di tale quistione si presenta in occasione di leggi o regolamenti che governano l'uso dei beni pubblici, e sanciscono i diritti così detti civici, sia in largo e universal senso, p. e., del pascere, del legnare, del ghiandare, del seminare in fondi comunali, sia nello stretto e rigoroso loro significato, come dell'aprir vani e finestre sull'aria pubblica, dell'immettere nelle pubbliche cloache, del navigare, o attingere, o approdare ne' pubblici fiumi, laghi e rive. Potrà ogni cittadino, che si creda offeso nell'esercizio di tali diritti, sperimentare questi con azione civile?

---

(1) Cons. il cit. *Sistem. elem. del diritto*, c. 3, p. 45, 46.

(2) Cod. pr. civ., art. 36.

(3) V. Mantellini, *Conflitti*, II, 106.

La quistione cade sulla natura di tali diritti civici e dei beni sui quali si esercitano. Il suo posto è dunque nella terza sezione della parte generale, cioè nel trattato degli *oggetti*, e nella parte speciale, cioè nel trattato sui beni comunali (1). Tuttavia giova qui dirne qualche cosa per quanto risguarda gli effetti giuridici dei regolamenti de' beni di uso pubblico.

Sono i diritti civici quelle facoltà che appartengono alle persone in quanto cittadini, cioè *jure civitatis*, non come singoli cioè *jure proprio* (2). Imperocchè la natura stessa di quei beni pubblici, che oggi si direbbero *demaniali* (e ne vedremo a suo luogo l'indole, i caratteri e le categorie varie), reca che l'uso di essi sia dei particolari in quanto solo aventi la qualità di cittadini (3). Ma codesti diritti, argomentano alcuni, benchè aventi titolo non in un fatto privato, ma nella qualità di cittadini, non sono perciò meno veri diritti, e quindi suscettibili di vera protezione giuridica come erano appunto presso i romani. Chè anzi avvi chi, tali diritti considerando come servitù attive sul demanio pubblico (4), attribuisce loro tutte le azioni onde sono tutelate le altre servitù. Altri, al contrario, negano vera indole e tutela giuridica a così fatti diritti, dicendo che essi, per la loro natura, dipendono dall'autorità moderatrice di tali usi, in modo che possano da essa venire modificati e cambiati (5), e quindi manca loro quella determinazione assoluta ed esclusiva che è necessaria per la tutela giuridica; pertanto, piuttosto che diritti, debbono considerarsi per mere facoltà e meri interessi protetti solo da un'autorità e da un procedimento amministrativo.

Sarebbe qui innanzi tutto da distinguere i diritti civici cadenti sui beni o demanii essenziali della comunanza civica, come le strade, da quelli che si riferiscono ai beni accidentali a demanii particolari del comune, come i boschi o i campi, ed anche nel primo ordine di beni sarebbe da suddistinguere gli usi *generali* che vi hanno tutti i cittadini e per la *comitas gentium* anche i forestieri, come

---

(1) Vedi sez. 3ª.

(2) ULP., L. 2, § 2, *ne quid in loco publico — Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis non quasi propria cujusque.*

(3) V. DONELLO, *Jur civ.*, 1, 2, cap. 5, § 12.

(4) COTELLE, *Divis. amm. appliq. au travaux publ.*, c. 5, t. 3, p. 182; PROUDHON, *Dom. publ.*, I.

(5) Legge com. e prov., art. 87, 6°, 7°.

p. e., il transito, da quelli *speciali* che v'hanno i proprietari confinanti, come lo stillicidio, il diritto di *finestre*, di *porte*, di *cloaca*, ecc. (1).

A noi pare che in tesi generale non possa negarsi azione civile per i diritti che si esercitano sui demanii pubblici, quando questi diritti sono esercitati dai privati *uti cives et singuli*, e non *uti cives et universi* (2), o meglio quando ci sia un interesse determinato da farsi valere. Certo valide ragioni si arrecano per escludere negli usi civili l'indole di vere servitù; specialmente il dipendere essi necessariamente dalla moderazione dell'autorità, e l'essere la servitù un *jus in re aliena*, laddove e l'uso e la proprietà del suolo pubblico non risiedono in subbietti essenzialmente differenti, anzi risiedono nei cittadini stessi sia collettivamente, sia distributivamente considerati (3). Ma checchè debba dirsi di tale controversia, di cui ci occuperemo altrove, non pertanto ci sembrano gli usi civici, nella detta condizione, veri diritti benchè appartengano a tutti in comune e costituiscano un interesse pubblico. L'interesse comune non esclude, anzi presuppone l'interesse particolare; nel che è da richiamare la distinzione innanzi data tra il bene collettivo come tale, e il bene pubblico o dell'individuo indeterminato. Quando l'interesse collettivo è congiunto coll'interesse privato, anzi si realizza in quello e non può aversi senza di quello, entrambi procedono paralleli e principali in modo che l'azione pubblica e amministrativa, che ha la persona morale dello Stato e del comune, non deve escludere quella privata, la quale altronde ha tutti i requisiti che le sono necessari, cioè la determinazione e certezza delle condizioni sue. Così sebbene ogni cittadino abbia interesse che le mura, porte e fortezze della città siano conservate, non per questo diremo che *quilibet de populo* ha azione civile per la tutela di queste, contro chi le danneggia o le trasanda, perocchè ivi l'interesse primario è quello dell'ente morale, in quanto tale che non

(1) Alcuni distinguono i demaniali per natura dai demaniali per destinazione, ovvero beni di demanio *pubblico* e di demanio *privato* (*Legge*, 1877, II, 157).

(2) V. il CENNI, pag. 32 *et passim*. Ma si può sostenere quest'antitesi *cives et singuli?* Dicendo *uti cives* non si dice *uti universi*, cioè parti del tutto? Ciò però non escluderebbe un interesse come singoli. Il titolo è di esser cittadini. L'interesse è privato. Anzi si può con verità dire che il frontista ha quei vantaggi *uti civis*, quando anche uno straniero proprietario può goderli egualmente?

(3) Così ritenne pure la C. C. di Torino, 20 marzo 1868 (*Bettini*, XX, 1, 281).

può nè deve curare altri che la legittima rappresentanza. Ma che non sia posto ostacolo al mio diritto di pascere o far legna in un campo o in un bosco pubblico: che non sia guasta la strada dove deggio passare per condurmi a' miei fondi, ovvero che il vicino non immetta sopra un meniano un velo che mi tolga la luce e l'aria pubblica (1), che non mi sia reso il prospetto o l'adito deteriore o più angusto (2); niuno negherà che questo sia mio interesse primario e principale, essendo che l'uso pubblico, cui la strada è destinata, si concreti e si realizzi in me e se codesto interesse sia protetto da legge e regolamento e versi in condizioni precise e determinate dall'una o dall'altro, niente manca, perchè come vero e proprio diritto sia assistito dal rimedio giuridico, non pure amministrativo e grazioso, ma eziandio giudiziario quando sianvi contestazioni di contrarie pretese.

Nè in contrario vale che l'interesse del cittadino è subordinato alle disposizioni dell'autorità moderatrice dei diritti civici nell'interesse comune. Ciò significa che le modificazioni del diritto civico fatte dall'autorità competente s'incorporano nel diritto stesso, ma non escludono, anzi presuppongono che esso diritto sia nella sua sostanza certo e determinato nelle sue condizioni.

Neppure è da dirsi che codesto uso de' singoli non possa separarsi dalla proprietà che è del comune, e quindi non abbia entità giuridica, nè però rappresentanza giuridica separata dall'ente collettivo. Anzi al contrario è piuttosto da dire che la proprietà collettiva non è che l'astrazione giuridica dei diritti veri e naturali dei singoli, e quindi che tali diritti potrebbero considerarsi come facoltà attinenti ad un diritto di condominio, se l'organizzazione giuridica del comune non importasse invece la giuridica distinzione tra l'ente e il singolo, il primo dei quali sarebbe il proprietario, il secondo un avente diritto sia di servitù, sia *sui generis* sulla proprietà stessa, a prescindere che alcuni di tali usi civici, in certi casi, possono darsi su proprietà anche non demaniali nè comunali.

La rappresentanza poi legale dell'interesse comune, benchè includa quella degl'interessi privati, non esclude la rappresentanza diretta che ciascuno ha dell'interesse proprio; come l'interesse comune ap-

---

(1) Cit. L. 2, § 6, ff., *ne quid in loco publ.*, 2.
(2) Ivi, § 12.

punto non esclude il privato, anzi lo abbraccia (1). Quindi, perchè l'interdetto romano era necessario a tutelare i beni pubblici per imperfezione dell'organismo amministrativo, non per questo ne inferirei che perfezionata la rappresentanza debba l'interdetto cessare, ma piuttosto che coesisteranno entrambi. E infatti l'interdetto non era già dato nell'interesse pubblico diretto, ma nel privato, e quantunque di esso diceva il giureconsulto: « *pertinet ad publicam utilitatem* », tuttavia concludeva: « *Condemnatio ex eo facienda est, quanti actoris intersit, tolli quod factum est* » (2), onde segue che ben possono concorrere le due azioni, e l'una supplir l'altra. È poi ben vero che l'interdetto e l'*actio popularis* fossero rimedi dati a supplire l'azione amministrativa; anzi può di più considerarsi che l'interdetto fu in origine uno spediente tutto amministrativo, un provvedimento da cui poi sorgeva l'azione. Ma egli è pur vero che anche nelle origini, non adempiuto il provvedimento e nata contestazione, gl'interdetti davano luogo a un giudizio, e in progresso di tempo rimasero vere azioni giuridiche (3).

Neppure potrà argomentarsi contro la tesi dalle parole dell'articolo 2 della legge sul contenzioso amministrativo: « *Materie in cui si faccia quistione di un diritto civile o politico* », quasi il diritto *civico* non vi sia compreso; perocchè la parola *civile* non è ivi intesa nel senso ristretto che si opponga al diritto civico, ma nel senso generale, che, congiunta all'altra di *diritto politico*, abbracci tutta la sfera del diritto. *Diritto*, semplicemente dice poi la legge stessa all'art. 4, e non esclude che il semplice interesse. Il diritto civico poi non differisce dal diritto civile se non come la specie del genere; esso non ha natura diversa, ma ne esprime soltanto un'aggiunzione tolta dalla natura del titolo su cui il diritto si fonda, onde non suona se non diritto competente in virtù della sola qualità di cittadino.

Nè si oppone l'art. 378 della legge sui lavori pubblici che dice essere riservato al prefetto o al sindaco l'ordinare la riduzione al pristino stato delle vie ed opere pubbliche ingombrate o danneggiate. Imperocchè una tale riserva riguarda l'azione puramente

(1) Ad illustrazione di questo concetto si può leggere nel cit. *Sist. elem.* il cap. 23, pag. 384, 385, 386.

(2) Cit. L. 2, § 34 e 44.

(3) Puchta, *Istit.*, § 169.

amministrativa e nell'interesse dell'amministrazione, nè punto importa esclusione di un'azione giudiziaria che possa essere esercitata fra privati.

Pertanto e a tutela de' diritti civici e in generale in virtù delle leggi e dei regolamenti amministrativi possono darsi in generale azioni civili. Nelle singole specie può presentarsi quistione sulle condizioni ordinarie di un'azione, ed allora è da ricercarsi la mente della legge e del regolamento e la natura dell'interesse che ne ha fatto l'oggetto e lo scopo primario: se si volle attribuire un diritto a' cittadini o una semplice facoltà all'amministrazione; se l'interesse obbiettivo è d'indole strettamente *collettiva* o non invece *distributiva;* se coll'interesse pubblico concorre principalmente il privato e quello in questo si realizzi, ovvero se l'interesse privato ne sia solo riflesso e secondario: se tale interesse sia specifico, determinato e reale e consistente in un vero aumento del patrimonio o piuttosto un interesse vago, indeterminato e costituente solo una comodità economicamente non apprezzabile. Così se ad un cittadino che va sulla pubblica via altri faccia ostacolo della persona impedendogli il cammino, o a taluno sia impedito di pescare o navigare nel mare, o lavarsi nel bagno pubblico, o andare al pubblico teatro, niuno dirà che sia il caso di un'azione civile, ma piuttosto dirà con Ulpiano che *in omnibus his casibus injuriarum actione utendum est* (1). Ma se altri occupi e recinga il suolo pubblico e impedisca il passaggio o l'aria o la luce o il campo o il pascolo, e l'autorità civica non provvegga, non la legge nè la ragion della legge gli vieteranno ricorrere a' tribunali perchè sia rimosso l'impedimento (2).

Ma potrà tale azione intentarsi contro la stessa autorità amministrativa che trascuri di tutelare i diritti dei cittadini, o contro un atto amministrativo che autorizzò un impedimento o un ostacolo posto a quelli? Ognun vede come qui si riproduce la quistione dei limiti e della competenza giudiziaria e amministrativa. I prin-

---

(1) L. 2, ff., *ne quid in loc. publ.*, § 9.

(2) Ammisero azioni popolari e interdetti per interessi amministrativi il Senato di Genova nella decis. 10 luglio 1839, la corte di Torino 7 luglio 1838, la corte di Firenze 19 gennaio 1846, la corte appello di Torino 20 giugno 1868 (*Legge*, p. 3, vol. VIII, p. 351) e 5 aprile 1873 (*Legge*, XIII, p. III, pag. 217). Vedi corte app. Potenza 18 ottobre 1876. Vedi anche sopra a cap. IX a proposito dei diritti pubblici subiettivi.

cipii svolti in questa trattazione conducono anche qui a negare in questo caso l'azione anzi la competenza del giudice. È qui che la natura del diritto civico e di ogni altro diritto regolamentare osterebbe all'azione, perchè come soggetto all'azione discrezionale e moderatrice dell'autorità questo diritto non può estendersi contro di essa. L'abuso e la inopportunità o la trascuranza dell'atto non potrebbe essere che emendata dall'autorità amministrativa superiore (1), o dalla contenzioso-amministrativa ne' casi divisati dalla legge. *Quid* se l'amministrazione danneggi con atto positivo tali diritti? È la quistione de' danni materiali, o di *riaccordi* da trattarsi nella terza sezione.

Molto più compete azione al danneggiato contro il danneggiante privato, quando l'amministrazione non fece che autorizzare questo all'atto che recò danno, perocchè è certo principio che l'autorizzazione come non obbliga l'autorizzato ad agire, così non toglie a lui la responsabilità di tutte le conseguenze dell'atto suo nè all'altro il diritto e l'azione pel risarcimento come non trasferisce menomamente alcuna parte della responsabilità nell'amministrazione autorizzante. Così se, a modo di esempio, altri avesse con licenza dell'autorità attivato uno stabilimento insalubre e pericoloso e costruito una fabbrica illegale, da cui il vicino sia danneggiato, la detta autorizzazione non toglie e non pregiudica menomamente il diritto per risarcimento de' danni che da quello stabilimento o fabbrica derivar possono alla proprietà o alle persone vicine (2) e tale azione è esperibile unicamente contro il privato.

Un altro caso eccezionale di quest'azione contro l'amministrazione per effetto e in virtù de' suoi stessi regolamenti sarebbe quello in cui questi regolamenti avessero formato base o materia di un contratto fra l'amministrazione stessa e un privato, come avviene nei così detti *capitolati* accettati come condizione convenzionale da un appaltatore, da un fornitore, da un prestatore d'opera qualunque

---

(1) Vedi in questo senso corte d'appello di Torino 23 marzo 1863 (*Bettini*, XV, 2, 247); corte d'appello di Firenze 11 luglio 1863 (*Bettini*, XV, 2, 505); cassazione di Firenze 12 febbraio 1864 (*Bettini*, XVI, 1, 96); cassazione di Torino 20 marzo 1868 (*Bettini*, XX, 1, 281). La cassazione rom. Lucoli e Massa-Fiscaglia, 2 febbraio e 16 aprile 1880 (*Monit. for.*, n. 28), nega azione a' comunisti per opporsi alla deliberazione della rappresentanza municipale per l'*alienaz.* de' beni comunali gravati di usi civici.

(2) Corte appello Brescia 20 aprile 1869 (*Bettini*, XXI, 2, 260).

o anche da un impiegato, salvo quelle facoltà discrezionali che l'autorità non può nemmeno contrattualmente togliersi.

Anche fuori di questi casi non mancano però esempi, ne' quali è stata accordata a' privati azione contro l'amministrazione per la osservanza de' regolamenti amministrativi (1).

Ma non sembrami potersi accettare questa regola che converte l'autorità amministrativa in un debitore civile degli atti suoi verso gli amministrati rinnegandole ogni giudizio ed arbitrio della opportunità, convenienza, possibilità dell'azione sua. Infine questo caso mi sembra rientrare in quell'ordine di libertà discrezionale entro il quale l'amministrazione è autorità inviolabile, nè l'atto suo positivo o negativo può discutersi, sia pure per gli effetti giuridici ma solo impetersi in via amministrativa innanzi alla medesima o alla superiore autorità dello stesso ordine. Dall'altro canto la pretesa lesione di diritti civici che a nostro sentimento può costituire lesione giuridica deducibile contro privati, perchè certa e determinata, manca di questi caratteri quando è recata contro la stessa autorità amministrativa che ha la moderazione degli atti suoi, dalla sua natura e dalla legge, e non all'effetto di accusarla di un fatto positivo che abbia recato danno al cittadino, ma all'effetto di costringere l'autorità stessa ad emanare i suoi atti di protezione o di tutela o di soccorso che a taluno possan sembrare giusti ed opportuni. Nè osta che la legge, ammettendo azione civile per ogni danno che sia causato da atto amministrativo, senza distinguere se positivo e negativo, se *in faciendo* solo od *in omittendo*, non esclude anche per la sola negligenza od omissione cotesta azione. Perocchè sarà ciò vero in genere; non lo è però in ispecie, cioè nel caso che il fare o non fare atto di tutela o di protezione dipende da un apprezzamento impossibile a farsi da altri che dalla autorità amministrativa, come ci pare appunto il caso de' regolamenti circa l'uso dei beni civici.

---

(1) Cit. decis. della corte appello di Torino 20 giugno 1868 (*Legge*, VIII, p. III, pag. 351).

## SEZIONE SECONDA

# L'AZIONE AMMINISTRATIVA

## IN ORDINE AI SOGGETTI

Definita nella prima sezione della parte generale la idea del potere e quindi dell'azione amministrativa, discorsi i limiti e l'efficacia di questa, è mestieri studiarne i soggetti, cioè gli organi, le persone, gli ordini, le istituzioni ne' quali si concreta con tutte le loro qualità, i loro attributi, diritti, doveri. E siccome la prima distinzione subbiettiva dell'amministrazione che si presenta nel nostro metodo come fondamentale si è quella dell'amministrazione generale e locale, è mestieri illuminare da prima questa distinzione e risolvere le quistioni che vi si rannodano.

### CAPO I.

### Amministrazione generale e locale.

La divisione tra amministrazione generale e locale ha due sensi. L'uno è una distinzione; l'altro è una suddistinzione. Nel primo senso si contrappone l'amministrazione di Stato alle amministrazioni autonome. Nel secondo si riscontra l'amministrazione suprema di Stato a quelle secondarie e risiedenti nelle particolari circoscrizioni sue. Nel primo senso dicesi che la pubblica sicurezza, per esempio, è interesse generale. Quando invece dicesi che il prefetto è autorità *locale* e cura l'interesse *locale* della sicurezza, è nel secondo senso. È necessario di ben comprendere ed illustrare codeste

distinzioni, il che faremo prima empiricamente indi speculativamente, e da ultimo storicamente.

Obbietto dell'amministrazione è l'interesse collettivo o pubblico. Ora essendo l'interesse pubblico relativo ad un insieme d'uomini conviventi, che può essere tanto il tutto sociale o lo Stato quanto una frazione di esso territorio, come un comune, un mandamento, una provincia, nasce di qua che l'interesse generale si distingue dall'interesse particolare e locale, e quindi che l'uno debba essere curato da un ordine di autorità che s'informino al concetto dell'interesse generale, e l'altro da altre autorità e da altro ordine che s'ispirino a quello dell'interesse particolare o locale.

Ma avviene che anche l'interesse generale concretandosi sulle diverse parti del territorio e quasi *localizzandosi*, debba essere amministrato e curato sopra i vari centri o frazioni di territorio e di popolazione, ne' quali è tuttavia l'interesse considerato sempre come interesse generale o proprio del tutto sociale e come tale diretto da un centro comune di organismi amministrativi. Quindi anche le autorità del primo genere, cioè quelle preposte alla cura degl'interessi generali, non tutte possono curare questi da un punto centrale e supremo, ma altre debbono riguardarli e curarli da questo punto, altre da' punti locali dove l'interesse generale si particolarizza, ossia dove avviene l'offesa di quell'interesse generale e quindi il bisogno di riparazione corrispondente. Ed ecco come quell'amministrazione generale, che pur costituisce unità in ordine alla qualità dell'interesse, cioè a tutto il genere degl'interessi generali, si suddistingua anch'essa in ordine a' centri di amministrazione, si suddistingua cioe fra amministrazione centrale o suprema che dirige ed ordina, e amministrazione secondaria e locale che ministra ed esegue. Da che avviene che il concetto di autorità o d'interesse locale piglia due significati che, mentre convengono nel concetto fondamentale di territorialità particolare, variano poi secondochè o si riferiscono alla gerarchia e all'interesse generale e di Stato, ovvero a quelli esclusivamente proprii delle autonomie particolari. Volendo evitare le confusioni assai facili a commettersi in questa materia ne' nomi e nelle cose e nelle differenti quistioni che vi si riferiscono, converrebbe distinguere l'amministrazione pubblica in *generale* detta anche di *Stato* o di *Governo*, e *particolare* cioè dei *comuni*, *provincie*, ecc. e la prima suddistinguere in *centrale* e *locale*.

Codesta partizione però, essendo basata sopra il complesso organico dello Stato, può e deve essere illustrata ancora dal concetto di questo.

Lo Stato moderno non è, come già si vide, una riunione d'esseri semplici ossia d'uomini giustaposti, ma di altri organismi aventi vita propria, come famiglie, comuni, provincie, in modo che i medesimi elementi semplici partecipano e concorrono alla vita sia dell'intero sia degli organismi secondari. E codesta unione non è meccanica, ma organica, cioè formante un tutto avente individualità e vita distinta da quella delle parti, alla quale però le parti concorrono e partecipano con certi nessi e rapporti che intervengono sia tra loro, sia tra ciascuno e il tutto. In altri termini lo Stato è una varietà di enti autonomi ridotti a unità. Al qual concetto dello Stato tre elementi cospirano: l'autonomia delle parti complesse, ed eguali fra loro, un centro o capo d'unità; i nessi che le parti al centro organicamente congiungono. E questi tre elementi debbono esser contemperati ed equilibrati; perocchè senza l'autonomia e senza l'eguaglianza di parti o di vari organismi si avrebbe la soggezione di parti a parti cioè il dispotismo; senza l'unità, cioè un centro e i nessi organici, si avrebbe un vincolo esterno o un federalismo, non già uno Stato vero.

Ora l'elemento degli organismi è rappresentato dalle autonomie locali, quello dell'unità da un'autorità centrale, i nessi tra le parti e il tutto dalla gerarchia locale che fa il doppio ufficio di diffondere la forza dell'autorità centrale nella periferia e congiungere al centro le autonomie.

Dal concetto dunque dello Stato organico risulta necessariamente il triplo ordine di gerarchia o amministrazione, quella autonoma delle parti e quella unitaria dello Stato, la quale si suddistingue nel suo doppio grado, cioè nel grado superiore che funziona da centro e nel grado inferiore che funziona da nesso diffusivo e congiuntivo.

La storia illustra ancora meglio questo concetto dimostrando la genesi e il processo de' varii suoi elementi.

Nelle società orientali antiche e in generale nelle autocrazie si ha unità forte e compatta che siede al centro e si diffonde su tutto il territorio nazionale; ma difettano gli organismi varii, i subalterni e gli autonomi. La stessa unità è fittizia, non naturale aggregato di parti pel bene comune; ha un fine estrinseco, cioè il

piacere e il bene della stessa individualità o dinastia che domina al centro, non quello delle parti aggregate. Non è una varietà che si riduce a unità. È un'unità che s'impone alle varietà e le schiaccia.

Nelle società occidentali al contrario e nella Grecia stessa la varietà predomina sull'unità, poichè il suo tipo è il governo della città, la quale si unisce ad altre eguali con vincolo transitorio e per fine transitorio di offesa o di difesa o d'interesse commerciale, vincolo che si scioglie cessato il fine, quando pur non si converta in argomento di lotta o guerra tra gli stessi confederati.

Questo tipo non varia sostanzialmente in Roma; ove non v'ha che una città dominante, l'*urbs:* le altre sono o suddite o confederate, non eguali nè coordinate ad unità armonica sulla base della loro giuridica eguaglianza. Havvi massima autonomia locale, ma disuguale (*jus latii, jus italicum, coloniæ, municipia, præfecturæ*) meno quella dipendenza e suggezione che è necessaria pel fine egoistico del municipio dominante. Non v'ha partecipazione delle parti alla vita che è tutta del capo. La stessa partecipazione al diritto quiritico si dà a gradi e per privilegio. Non havvi dunque gerarchia centrale nel senso vero, ma una gerarchia locale predominante sulle altre. Havvi pure una gerarchia locale emanata dal centro alla periferia (proconsoli, propretori, ecc.), ma che regge e governa per conto della città padrona, poi anche a conto proprio, non delle parti nè del tutto. Questa gerarchia, è vero, si ordina e si svolge e si perfeziona sotto l'impero, il quale da Caracalla a Diocleziano non fa che una serie di tentativi per unificare ed ordinare la forza onde resistere alla spinta del proprio peso e dei barbari. Non è dunque nell'impero romano che manchino gli elementi; ma ne manca lo spirito e la proporzione. Non un centro, ma v'ha un capo, non città autonome ma separate, non gerarchia di nesso ma emissari della città principe.

Il medio evo col germanismo e coi municipi ci offre gli elementi tutti della civiltà e dello stato moderno, ma embrionali e confusi. A capo sta il re, ma più capo militare che altro; accanto a lui e nelle campagne i *pari* o *fedeli* o *antrustrioni*, che da seguaci personali del capo dopo ricevute le terre a beneficio o a feudo diventano dipendenti da lui in certi rapporti, con signoria e giurisdizione territoriale: al di sotto di questi i *liberi* o *boni homines*, e gli *schiavi*.

Quasi di fianco a questa società barbarica se ne svolge più tardi un'altra, quella dei municipi coi loro *decurioni*, coi vescovi *de-*

*fensores*, colle *corporazioni*, colle *consuetudini* o *statuti*. Ma la idea municipale dominante nel medio evo era impotente per sè a costruire la gerarchia centrale, cioè l'elemento unitario e questo doveva venir dal di fuori, cioè dalla monarchia.

In Francia il re riesce ad ordinare questi elementi, prima coi *missi dominici*, colle assemblee, coi capitolari o leggi generali, poi alleandosi alle città contro l'aristocrazia che reagisce e si oppone alla costituzione di una gerarchia territoriale e vinta alfine dalle città esce alle campagne, infine a grado a grado sottomettendo le città stesse volenterose, paghe di consuetudini e privilegi locali. Così la monarchia si fa al XVI secolo, e non le manca che l'abolizione de' privilegi dei luoghi e dell'aristocrazia per diventare Stato nel moderno concetto. In Italia cotesto lavoro di accentramento e di armonizzamento è ritardato prima dalle lotte intestine, poi dalle lotte fra rivali città troppo potenti, poi da quelle fra lo Stato e la Chiesa. A questo lavoro si oppone come ostacolo la stessa debolezza lontananza dell'autorità centrale, e la tradizione imperiale e universale guelfa o ghibellina: si oppone (al rovescio di ciò che accadeva in Francia e altrove) la stessa autorità centrale impotente ad unire, ma potentissima a impedire e combattere coloro che, come i bisantini o i goti o i longobardi, e come gli Arduini o i Berengari, fondare volessero l'unità. Le città potenti, dopo avere assimilato la feudalità colla immigrazione dei signori dalle campagne nelle città stesse, sono alla loro volta soggiogate dalle famiglie potenti e diventano monarchie. Per avere unità nazionale era necessario che, indebolita la idea imperiale e teocratica, formatasi nello spirito della nazione la idea unitaria o nazionale, una delle piccole monarchie combattesse le altre e vincesse.

In questa formazione ed elaborazione della società medioevale noi abbiamo dunque lo Stato che si compone sulla base delle autonomie locali e della unità centrale, la quale poi si connette alle autonomie mediante una gerarchia a cui porgono modello ed esempio le stesse vecchie aristocrazie feudali. Così dagli elementi confusi delle società medioevali sorgono dove prima dove poi, traverso a combinazioni differenti di congiunture storiche speciali, gli stati moderni, ordinati sulle basi dell'unità, della varietà, della eguaglianza, rappresentati da un potere centrale, dalle associazioni locali ed eguali, da' nessi che queste a quelle congiungono.

## CAPO II.

### La quistione del decentramento.

Stabilito non essere l'amministrazione dello Stato una cosa semplice ma multipla, cioè composta di varii organismi, come dovrà essere divisa tra questi la somma delle cose? Tale è la quistione che s'intitola del *decentramento* amministrativo.

L'autorità in quanto suprema e sovrana è di sua natura centrale, anzi una e semplice. Ma considerata nel suo contenuto, cioè nella azione o amministrazione sua che si diffonde nello spazio, è chiaro dovere essere di necessità divisibile, e quindi in questo secondo senso solamente può far luogo alla quistione del decentramento.

Doppia per le predette cose sarà la indagine, come doppio è il senso di amministrazione centrale e locale. L'una sul modo di ripartire i servigi tra l'amministrazione generale dello Stato e quella de' luoghi particolari; l'altra come distribuire gli affari dell'amministrazione generale tra la centrale e la locale gerarchia preposta agli affari medesimi. La prima è quistione del vero decentramento *amministrativo,* la seconda del decentramento *burocratico,* e, connesse entrambe per certi criteri da esaminarsi e risolversi, sono diverse per l'oggetto e per la sostanza, quindi pericoloso e nocevole il confonderle come non di rado si fa. La quistione della decentralizzazione burocratica è di sola opportunità e comodità di governo; l'altra è quistione di libertà e di diritto.

Entrambe le quistioni non hanno senso assoluto ma relativo, e ciascuna si riduce a due capi: l'uno, quale debba essere la legge, la tendenza, la presunzione a seguirsi dal legislatore e dal pubblicista, se ad accentrare o decentrare gli affari: l'altro del limite sino al quale tale tendenza può procedere, limite che serva di criterio per effettuare la divisione nella pratica delle cose.

Per l'accentramento *burocratico* si fece valere la ragione della maggiore unità ed uniformità nell'indirizzo dell'amministrazione, la maggior copia di lumi e di conoscenze che si può avere negli uffici centrali, la maggiore imparzialità di questi a decidere sopra interessi che si agitano su luoghi e tra persone distanti.

Alle quali ragioni oppongono i difensori del discentramento burocratico che meglio si governa sopra il luogo dove l'affare sorge,

dove l'interesse o il bisogno si sente, dove s'hanno a mano le testimonianze viventi del fatto, dove insomma se v'ha presunzione di minor competenza teorica, si ha però al certo maggior conoscenza pratica delle cose. Aggiungasi la comodità, il risparmio di tempo e di spesa, la dignità e la coscienza degli agenti locali più guarentita e rilevata colla maggiore dose di autorità, responsabilità e indipendenza lasciata loro, laddove fatti servi nelle minime cose al comando del superiore e ridotti a non dover che pigliare informazioni e trasmettere ordini si degradano e si avviliscono innanzi agli occhi dei loro stessi soggetti o amministrati.

Oggi codeste considerazioni sono negli animi di tutti. e con esse la convinzione che meglio vale essere i negozi spacciati subito e men male che tardi e ottimamente, perocchè danno certo è già la lentezza e il perditempo. Ma in generale la quistione della larghezza maggiore o minore da lasciarsi alle autorità del luogo molto dee dipendere dalla diffusione e dal grado di cultura o moralità che a un dato momento può sperarsi nei funzionari territoriali. Dati però funzionari intelligenti, culti ed onesti, la tendenza è, e deve essere, a largheggiar loro di facoltà. Ed è un voto ed un bisogno ormai sommo quello che la legge della divisione del lavoro e della responsabilità sia applicata non solamente all'amministrazione generale, ma all'interno di ciascun ufficio, eziandio supremo e centrale. Dove, posta tutta la somma degli obblighi sopra un capo solo e condannati tutti gli altri alla funzione ministeriale ed esecutiva, sminuzzato poi il lavoro in tante funzioni subalterne di cui una non fa che riscontrare e sovente ripetere l'altra per la soverchia paura dell'errore o della colpa, ne avviene l'inerzia, la lentezza, lo sciupio di tempo, la moltiplicazione infinita delle molestie, e tutto quell'indigesto, dispendioso, meccanico sistema burocratico, diventato il proverbio, lo sgomento, l'incubo della società moderna, la quale più si rassegnerebbe all'eventualità tristi di sottrazioni e di frodi che alla triste inesorabile certezza di fastidi e di perditempo, se non fosse constatato che il laberinto delle funzioni ispirate dalla diffidenza o dall'ideale dell'ottimismo impossibile non riesce poi in fatto a impedire le temute infedeltà, più che farebbero la moralità e la responsabilità individuale surrogate alla rigidità impersonale delle istituzioni e dei meccanismi burocratici.

Il limite di questa libertà che s'abbia a concedere alle autorità locali sta nella stessa loro natura e nello stesso loro scopo, cioe di

curare sopra luogo gl'interessi generali dello Stato e della nazione. Quindi il criterio che la libertà non sia tale da pregiudicare alla unità di tali interessi, alla uniformità del generale indirizzo dell'amministrazione, alla unità della gerarchia governante, alla garanzia degli amministrati, onde non dee degenerare in arbitrio la facoltà de' funzionari locali e ad essa deve soprastare l'autorità suprema e centrale, la quale esplica la sua azione unificatrice specialmente colle prerogative dell'alta direzione nel dettare norme fondamentali, della sorveglianza mediante ispezioni e inchieste, del riscontro mediante le decisioni su reclami.

Più grave è la disputa del decentramento amministrativo e diremmo organico dell'amministrazione, perocchè non è già soltanto affare di procedura e di comodità di governo, ma tocca a' riguardi della libertà, alle tendenze naturali della società, alla costituzione dello Stato, e riassume quindi il vario modo di concepirne il fine e l'essenza, e riporta in mezzo gli argomenti onde combattono le scuole degli autoritari, dei liberisti, dei socialisti della cattedra, delle altre gradazioni di scuole e di dottrine economico-politiche.

La quistione è pur sempre quella somma ed una, cioè della parte che deve esser fatta nel Governo alla libertà sia degl'individui, sia dei consorzi sociali.

Qui, a mirarla solo in quello scorcio che risguarda l'accentramento o decentramento delle funzioni ed uffizi amministrativi, tratteremo sommariamente i due capi suddivisati della quistione.

E in quanto al primo, cioè a qual parte per massima debba volgersi la presunzione e la tendenza: se a restringere nello Stato o ad allargare nelle associazioni minori la somma degli affari, i difensori del primo sistema ragionano a un dipresso in questa forma. Lo Stato è la perfetta associazione, cui tende il consorzio umano muovendo dalle aggregazioni più elementari. Nello Stato dunque si esplica nel modo più perfetto la vita, che negli altri gradi di socialità più imperfettamente si svolge. Quindi quelle funzioni sociali che prima si esercitavano nelle famiglie, nelle tribù, nel comune, per mancanza di un tipo migliore di società, creato lo Stato, per legge di progresso passano ad esso, ove trovano più completa la comprensione de' bisogni sociali, più ferma la volontà di attuarli, più sereno il giudizio, i mezzi e le forze più vaste e copiose. Viene dunque dallo svolgimento della socievolezza umana che lo Stato si sostituisca naturalmente alle funzioni delle minori comunanze nella

soddisfazione dei bisogni, salvo solamente quell'aiuto, quel ministero che indispensabilmente è richiesto alla esecuzione effettuale e pratica della volontà sociale sopra il luogo dove quello deve compiersi.

A questo discorso risponde quanto fu detto sopra circa la illustrazione speculativa e logica della partizione in amministrazione centrale e locale. Onde apparisce che lo Stato nè idealmente nè per forza di fatti si surroga alle associazioni primarie e secondarie, non le distrugge nè le fonde, ma le connette e lega in società più perfetta: che il corpo dello Stato non è un organismo solo e semplice, ma un organismo composto di organismi minori che della loro autonomia non sacrificano se non quanto è mestieri a creare l'unità statuale superiore. Nè con questo perdono i consorzii minori i vantaggi di una società più perfetta, ma vi partecipano appunto senza scapitare in quelli che già tenevano: giacchè i bisogni locali meglio sempre si comprendono, meglio si soddisfano e si curano nelle particolari consociazioni comechè men perfette che nella generale per quanto più perfetta. Che anzi la perfezione sociale progressiva non va intesa nel senso assoluto, ma relativo a certe qualità di bisogni, perocchè non è essa in tutte le necessità, in tutti i vantaggi proporzionale alla estensione numerica delle associazioni, ma secondo le qualità dei bisogni or si trova nella vasta, or nella media ed infima, secondochè appunto codesti bisogni rispondono a sentimenti più ampii ed elevati o più ristretti ed umili, e similmente richieggono mezzi più poderosi o più modesti. E di qua ancora deriva che anche la comodità ed utilità dell'amministrazione più si ritrovano nei particolari ufficii prossimi e contigui agli amministrati, ove la coscienza ne è più immediata, più energica, più viva, e più energico quindi lo stimolo preventivo del bisogno e repressivo della responsabilità. Conclusione, che la ragione, la natura, la storia e la pratica ne stanno mallevadrici che la tendenza razionale e giusta sia pel decentramento.

Ma qual sarà di questa tendenza il limite e il criterio regolatore? Che è il secondo capo della controversia e il più importante, dacchè anche nelle più estreme sentenze non si disputa se non di confini più larghi o meno tra l'azione centrale e la locale, non mai di distruzione dell'una o dell'altra.

Disse già il Tocqueville (1) e altri ripeterono parola che restò memorabile: che in politica si deve accentrare e decentrare in am-

(1) *Democr. en Amérique*, t. I, ch. 5, pag. 142.

ministrazione; motto che sembrò abbastanza reciso per esser preso a insegna del sistema del massimo decentramento. Dappoichè l'amministrazione giova sia tenuta da coloro cui interessa e solo l'unità dello Stato importa salvare, a questo non dee altra cura incombere che della esistenza, integrità, sicurezza, dignità sua: cose che si compendiano nel concetto della politica o dell'alto governo: il resto spettare cui giova, cioè alle amministrazioni particolari, perocchè tutti gl'interessi han questo di proprio che si rinfrangono nel territorio e, come a dire, si *localizzano*.

Da questo lato la formola del Tocqueville non solo è bella, ma è vera: ragione onde rimarrà sempre in onore. Ma come criterio pratico è disputabile. E dapprima essa è vaga più ancora che non convenga e sia compatibile anche per un criterio approssimativo di limiti. Imperocchè qual cosa si intende per politica e quale per amministrazione? È poi inesatta o incompiuta; imperocchè o per politica intendesi l'alto governo ossia la cura degli alti interessi morali dello Stato come unità, e il criterio riesce men vero ed eccessivo, riuscendo a negare ogni amministrazione centrale, e così non a risolvere ma a troncare il problema del limite tra le due amministrazioni; o per politica intendesi ancora la cura degl'interessi materiali ed economici della società sino ad una certa estensione, ed allora qual sarà il limite di tale estensione? E quale la quantità o la qualità di tali interessi, cui la politica abbracci? Il problema pertanto non è sciolto, ma solamente trasportato. Che se si dica che la politica abbraccia quelle parti o quella qualità d'interessi che sia necessario vengano amministrati o tutelati dallo Stato nello interesse della unità, di modo che la politica non sia in questo senso se non un'alta amministrazione, ed eccoci allora condotti a un altro criterio superiore o esplicativo che è quello della natura degl'interessi. In questo senso allora il criterio del Tocqueville sarà vero, ma non sarà chiaro, e avrà tutti gl'inconvenienti, come criterio logico, che può avere l'equivoca, vaga, e non bene nel linguaggio comune definita significazione del vocabolo *politica* e *amministrazione*.

Altri per tali ragioni pensarono a collocare il principio regolatore nel concetto stesso dell'unità dello Stato e dissero doversi al governo centrale affidare gli affari e gli ufficii senza i quali l'unità dello Stato si scinderebbe, gli altri lasciare ai corpi particolari. Ma questo criterio non differisce sostanzialmente dall'altro, di che ora

si parlava, benchè ne varii la forma logica, presa essendo la formula dallo scopo che si darebbe per proprio dell'amministrazione centrale, cioè quello di guardare soltanto a custodire la unità dello Stato. Quindi più propria e precisa e chiara la formula, non però perfetta e vera in tutto, se vero si riconosca essere il concetto più integrale dello Stato e del fine suo, cioè come istituzione non di pura necessità e di esistenza, ma di ente perfetto, morale, fattore di vita e di progresso. Imperocchè se tale è il concetto e il fine dello Stato, non può intendersi come il criterio che lo definisce nel suo superiore e centrale momento possa coll'idea della unità e dell'esistenza non includere ancora quella del perfezionamento morale ed economico sociale, e quindi non dar luogo a tutti quegl'interessi e servigi in quel grado e in quella intensità che sia necessario non solo all'esistenza ma allo svolgimento del consorzio sociale.

A raggiungere questo intento più conveniente ci pare quel criterio che s'ispira e s'informa alla sostanza, o, dicasi pure, al *contenuto* dell'amministrazione, cioè agli affari, agli uffici, agl'interessi in ordine al loro subietto. I quali sogliono a questo proposito distinguersi in generali e locali o particolari, e secondo questa distinzione si può decidere se attribuire se ne debba la competenza all'amministrazione del centro o a quella de' luoghi. Questo criterio dipende direttamente dalla idea della doppia amministrazione e del rapporto naturale fra l'una e l'altra. Niente quindi di più ovvio, naturale e facile che dire: ciascuna amministrazione curi gl'interessi suoi.

Ma quali però sono gl'interessi generali, e quali i particolari? Se ciò fosse chiaro, la quistione del decentramento non sarebbe nata. Invece, potendo il generale essere non altro che la somma de' particolari, da ciò si cerca se sia o no necessario che siffatti interessi siano curati da un organismo distinto da' particolari stessi organismi. D'altra parte raro accade che l'interesse sia così circoscritto a una frazione di territorio o di popolazione che essa non si riverberi sulle altre e sul tutto. Come s'avrà dunque da intendere codesto interesse generale o particolare?

Insomma la quistione, perchè approdi a qualche bene, non deve stare nel criterio astratto, ma scendere ai criterii concreti. Ora la generalità e la particolarità di un interesse essendo il rapporto tra l'interesse e il subietto, codesto rapporto può essere variamente determinato.

L'interesse può essere anzitutto generale *essenzialmente*, cioè per la sua universalità e indivisibilità, per la solidarietà di tutti i cittadini in rapporto ad esso interesse, come sarebbe l'interesse della integrità, unità, prosperità, dignità dello Stato quale ente morale e politico, quindi l'esercito, la marina di guerra, la finanza e la rappresentanza all'estero, la grande polizia di Stato, l'amministrazione della giustizia; ovvero può essere interesse generale *essenzialmente* per legge di continuità, ad esempio l'interesse della grande viabilità, dei grandi lavori, una tutela generale degl'interessi locali, la sanità generale.

Altrimenti, può essere generale un ufficio non *essenzialmente*, cioè per la natura dell'interesse e per l'indole dello scopo, ma per la quantità, qualità, opportunità dei *mezzi* necessari a raggiungerlo. Tale è la istruzione superiore, tali gl'interessi industriali e la polizia comunale.

Quindi due specie di generalità dell'interesse, la prima *essenziale* (assoluta o relativa), la seconda *accidentale*. La prima è relativa allo scopo, la seconda ai mezzi.

Tutti gl'interessi che non hanno di tali caratteri sono particolari. I quali alla lor volta sono di due specie: l'una di quelli che esclusivamente ed *essenzialmente* si attengono al luogo, come sarebbe la edilità, la comodità, la viabilità e la polizia locale, i quali interessi sono bensì *comuni* a tutte le parti, ma non perciò sono *generali*, perocchè la edilità, la polizia di ciascheduna parte non interessa le altre, nè il tutto. La seconda è di quegl'interessi *accidentalmente* locali, che, quantunque riflettano necessariamente per legge di solidarietà sull'interesse generale, tuttavia perchè possono essere amministrati o adempiuti coi mezzi locali, e perchè può essere l'interesse generale *riflesso* assicurato nella somma dei particolari stessi *diretti*, si può lasciarne la cura alla locale amministrazione. Tale, p. e., è l'istruzione media ed elementare.

Ora, venendo all'applicazione di questa classificazione, ne risulta che gl'interessi generali della prima specie debbono sempre e dovunque in uno Stato ben ordinato a unità nazionale essere suo còmpito e sua prerogativa; che quelli della seconda specie possono e debbono riserbarsi alla cura dello Stato sino a che o le amministrazioni particolari, o la libera iniziativa individuale non sopperiscano ai mezzi e non diano garanzia del buon governo di essi interessi.

Ne seguita pertanto che la legge del decentramento è applicabile solamente agl'interessi generali accidentali.

Ne seguita ancora che la progrediente civiltà, tendendo a diffondere sul territorio i mezzi intellettuali, morali, economici, permette e domanda di decentrare sempre più quest'ultima specie di interessi, cioè accidentali particolari. E, quindi, che l'applicazione del principio a questa parte è cosa tutta rimessa all'estimazione saggia dell'uomo di Stato.

Vi sono poi sempre da considerare tra gl'interessi centrali e locali gli intrecci e i riverberi. Non è da dimenticar mai che non v'è interesse generale che non sia anche locale, nè v'è interesse locale che per lo meno non rifletta sul generale. Una medesima specie e natura d'interesse può essere interesse generale e locale secondo i rapporti, come, p. e., la sanità e l'istruzione, il che significa in altra forma che la distinzione tra l'interesse generale e locale non è sempre di *qualità* e di *specie*, ma talora anche di *quantità* e *intensità*. Quindi la quistione è tutta di considerazione e di grado, e dipende dal vedere quale in una data specie d'interessi o in una data quantità e grado di un interesse sia de' due riguardi principale e quale secondario, cioè se prevalga il riguardo dell'interesse alla generalità o quello alla località. La quistione è tutta di limiti. Ma quando in modo diretto i due aspetti dell'interesse concorrono, o anche s'equilibrano, allora le due amministrazioni debbono sussidiarsi e concorrere secondo la proporzione del grado. Avviene per questo che l'amministrazione locale influisce e contribuisce a certi servizii governativi, come per esempio alla milizia civile, alla sicurezza pubblica, all'amministrazione della giustizia: viceversa, che l'amministrazione centrale contribuisce ai servizi locali, come accade p. e. nella viabilità e nell'istruzione.

## CAPO III.

### La personalità delle amministrazioni pubbliche.

Lo Stato ed ogni altra pubblica associazione, benchè sempre una e la stessa nel suo concetto e nella sua realità, e costituente un tutto con caratteri proprii, si può riguardare da varii aspetti secondo gli effetti diversi pei quali si considera, secondo i diversi or-

dini di attività che le si attribuiscono. Si considera in prima come ente morale, cioè un complesso di persone umane liberamente o necessariamente associate pel bene comune, nel quale aspetto è eguale a tutte le associazioni od istituzioni per qual che sia fine create dagli usi, dalla legge, o dalla natura delle cose. Si considera come ente politico pe' fini proprii ed essenziali dello Stato e dell'amministrazione pubblica. Si considera anche come ente civile per gli effetti e per gli atti che ha per diritto comuni colle persone private.

Lasciamo all'alta filosofia giuridica e sociologica le sottili ricerche sulle prime scaturigini, sulla intima natura, sulle leggi di formazione e di sviluppo, sia della grande società civile, sia dei consorzi liberi e legali che di essa e in essa si generano. In quanto alle diverse entità dello Stato e delle particolari associazioni organiche che sono in esse, se debbano esse considerarsi per esattezza logica e scientifica come tante diverse personalità, se l'aspetto giuridico debba contrapporsi al politico, e se a tali distinzioni debbano corrispondere trattamenti ed effetti giuridici d'indole diversa ed opposta è quistione che guarda alla natura dello Stato, di che sopra si toccò, e che sarà meglio svolta più innanzi a proposito della quistione delle responsabilità.

Qui si tratta di più modesta indagine, riguardante la sola personalità giuridica e civile delle pubbliche amministrazioni. Lo Stato, e le amministrazioni frazionarie, costituzionali, sono persone giuridiche.

Essendochè, però, l'amministrazione sia centrale sia locale si suddivida in amministrazioni od uffici subalterni, non inutile è il domandare se le autorità, gli uffici, i collegi amministrativi abbiano o no giuridica personalità.

L'art. 2 del codice civile dispone che i comuni, le provincie, gli istituti pubblici civili od ecclesiastici ed in generale tutti i corpi morali legalmente riconosciuti sono considerati come persone e godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico. Benchè nell'articolo non si legga lo Stato, è certamente prima tra le personalità giuridiche, essendolo necessariamente e quasi anteriormente alla legge, e però appunto parve inutile lo esprimerlo nell'art. 2, benchè lo si presuppone esplicitamente all'art. 425 e seg. e 2114 del codice civile, nella legge sulla contabilità, sui lavori pubblici ecc. Ora dal detto articolo sembra derivare che come lo Stato e i comuni e le provincie, così tutte le

subalterne istituzioni amministrative debbano considerarsi come enti giuridici.

Ciò par confermato dall'art. 138 del codice di procedura civile, dove si stabilisce che la citazione per le amministrazioni dello Stato deve essere notificata a chi le rappresenta nel luogo in cui risiede l'autorità giudiziaria, davanti cui è portata la causa, osservate le norme stabilite nel regolamento.

E dal momento infatti che il governo dello Stato è diviso costituzionalmente in tanti dicasteri indipendenti secondo le varie sue funzioni, sembra conveniente che ognuno di questi sia rivestito di quella personalità giuridica che è condizione necessaria perchè ogni amministrazione adempia bene l'ufficio suo.

Insomma par logico ed espediente che ad ogni entità amministrativa corrisponda una entità giuridica.

E che sia così sembra eziandio positivamente stabilito dalla legge sulla contabilità dello Stato, 17 febbraio 1884, n. 2016 e regolamento 4 maggio 1885, n. 3074. La detta legge all'art. 1 attribuisce l'amministrazione dei beni immobili al ministero delle finanze in massima generale, concede però a ciascun ministero l'amministrazione dei beni mobili e degl'immobili assegnati ad un servizio governativo o all'uso di esso ministero o di servizi da esso dipendenti. Ora il diritto di amministrare include quello di contrarre certe obbligazioni e di fare o sostenere certe azioni giudiziarie (codice civ. art. 224 e 296); presuppone quindi necessariamente la personalità giuridica. Infine la legge stessa sulla contabilità dello Stato all'art. 11, e quella del 20 marzo 1865, all.° *F*, sui lavori pubblici all'art. 325 dànno al ministero dei lavori pubblici la facoltà di stipulare i contratti per l'esecuzione delle opere pubbliche e per le somministrazioni necessarie ad esse.

Pur tuttavia gli addotti argomenti non sono, chi ben consideri, di tal valore da provare la personalità giuridica delle varie amministrazioni.

Gl'istituti pubblici e i corpi morali di cui parla l'articolo 2 del codice civile non sono le varie amministrazioni dello Stato, ma le istituzioni che dentro di esso e con sua permissione e riconoscimento, però indipendentemente da esso, si creano per uno scopo di privata o di pubblica utilità.

L'art. 138 della procedura civile pone una distinzione fra codesti istituti e le amministrazioni dello Stato, trattandone in separati

capoversi. Nè col prescrivere la notificazione della citazione ai rappresentanti locali di esse amministrazioni, con ciò la legge concede a queste autonomia giuridica, ma solo guarda a provvedere ad uno scopo di comodità e opportunità amministrativa, prescrivendo che la citazione sia portata a notizia del rappresentante sopra luogo, anzichè del rappresentante supremo e centrale. Quella prescrizione prova che lo Stato può avere diverse rappresentanze giuridiche, secondo le funzioni o gli ufficii o i luoghi del territorio, ma non che queste costituiscono persone giuridiche distinte e indipendenti.

Il medesimo dicasi della legge sulla contabilità dello Stato e di quella sui lavori pubblici. Le quali prescrivono e ordinano diversamente la rappresentanza dello Stato secondo i varii negozi, e secondo gl'impieghi e le diverse assegnazioni de' beni, non dànno già vita a diverse entità giuridiche.

Nè è poi razionalmente giusto che ogni amministrazione subalterna abbia personalità giuridica autonoma, perocchè si scinderebbe così l'unità dello Stato e del suo patrimonio, si farebbe il diritto mutevole come le circoscrizioni e gli uffici amministrativi, secondo le circostanze e gli espedienti del momento e si limiterebbe la responsabilità delle varie amministrazioni alle accidentali e volubili contingenze de' loro patrimonii con grande imbarazzo delle amministrazioni stesse e con imbarazzo e danno altresì de' privati che hanno giuridicamente a fare con esse.

Può avvenire però e avviene che giovi allo Stato creare un'amministrazione anche, sotto l'aspetto del diritto, autonoma, con facoltà, diritti, obblighi e patrimonio separati, ad essa affidando un còmpito che sarebbe veramente proprio dello Stato medesimo. Certamente non può questo accadere de' fini essenziali allo Stato, ma di certi còmpiti transitorii o speciali che per eccezionali avvenimenti o ragioni debbono adempirsi.

Tale sarebbe un'opera di utilità pubblica, come il prosciugamento d'un lago, la sistemazione d'un fiume, l'esercizio d'un'intrapresa, come a mo' d'esempio la fabbrica de' tabacchi o la coltivazione di una miniera, la liquidazione d'un demanio o d'un patrimonio ricaduto allo Stato, come fu a' nostri giorni la giunta liquidatrice dell'asse ecclesiastico di Roma, il fondo pel culto, gli economati ecclesiastici.

Ma tali istituzioni conviene che siano giustificate da legittime ragioni, consacrate da legge positiva, non offendano in nulla i di-

ritti privati, nè mutino gli essenziali o naturali obblighi dello Stato, e la eguaglianza delle persone e dei diritti. Sopra tutto è necessario che lo Stato non sia naturale e originario debitore e responsabile, ma solo amministratore di certi beni, de' quali egli colle dovute cautele e garanzie e sotto l'alta sua tutela deleghi ad una istituzione quell'amministrazione che a lui competerebbe.

Fuori di queste eccezioni in tutti i casi non regolati da legge speciale ed espressa, il principio della solidarietà di tutte le parti di un'amministrazione, come dello Stato così delle provincie e dei comuni, dev'essere riconosciuto come fondamentale. Nè sarebbe conforme alla ragione del diritto che una legge, per esempio, dividesse il demanio pubblico secondo i ministeri o i rami diversi della pubblica azienda in guisa che il debito di uno di essi non dovesse essere soddisfatto che cogli averi e col patrimonio assegnato a quell'uno medesimo, e non col patrimonio di tutto lo Stato o di tutta la provincia o di tutto il comune.

Può avvenire però che un'amministrazione pubblica sia congiunta ad un istituto civile e quindi abbia per questa parte personalità giuridica. Di tali enti, che si dicono misti, parrebbe potersi addurre in esempio le nostre università, le quali essendo per una parte non altro che servizi governativi e ufficiali d'istruzione, potrebbero conservare però colle tradizioni storiche il patrimonio e l'entità civile distinta. La quale infatti fu rispettata dalla legge sarda del 4 settembre 1848 (art. 19-21) e dalla legge 13 novembre 1859 sulla istruzione pubblica, nè a questo derogano le posteriori leggi come quelle del 1860 e del 1862 sulla istruzione pubblica. Senonchè il regio decreto 17 febbraio 1852 e il regolamento annesso (art. 1 al 6) attribuiscono al ministero delle finanze l'amministrazione degl'immobili, crediti e rendite tutte delle università (1).

---

(1) Legge finora non pubblicata in Roma e però si mantengono quivi ancora le generali disposizioni delle leggi anteriori, combinate colle generali disposizioni degli art. 433 e 436 del codice civile, e con quelle dell'art. 50 della legge 13 nov. 1859 sulla istruzione pubblica, pubblicata in Roma il 1° gennaio 1871, e con quelle degli art. 1 e 2 della legge 22 aprile 1869 sulla contabilità dello Stato, pubblicata in Roma il 12 maggio 1872, che lasciano intatto il dominio dei beni proprii alle università colla inerente amministrazione di essi e dànno l'amministrazione di quelli dello Stato destinati agli usi governativi al ministero rispettivo della istruzione pubblica. In questo senso v'ha un parere del consiglio di Stato delli 11 settembre 1865 ed altri.

Da ultimo cade qui opportuna una domanda, se gl'istituti che diconsi pubblici, come le opere pie, le congregazioni di carità, le camere e borse di commercio ed altre fondazioni dirette ad uno scopo d'interesse pubblico, siano da considerarsi come amministrazioni pubbliche e da equipararsi ad esse nelle facoltà, nei diritti e negli obblighi. Rispondiamo che amministrazione pubblica non è a rigore se non quella che si compie sotto l'autorità dello Stato, rappresenta una causa essenzialmente pubblica, uno dei fini dello Stato o delle sue autorità frazionarie, create direttamente dalla legge costituzionale.

Ma in senso più largo possono dirsi pubbliche le amministrazioni volute ed ordinate dalla legge, come le camere e borse di commercio, le congregazioni di carità, i consigli delle professioni liberali. In senso larghissimo soltanto e non proprio possono dirsi pubblici tutti gli stabilimenti autonomi autorizzati dalla legge, posti sotto la sorveglianza ed anche sotto la tutela delle autorità pubbliche e diretti a scopi di beneficenza, d'istruzione, di commercio o d'industria, aventi certi privilegi o diritti che la legge specialmente attribuisce loro (1), come sarebbero ad esempio i mezzi straordinari per la riscossione delle rendite. Tali sono gli ospedali od altri ospizii autonomi, e che non faccian parte di un'amministrazione provinciale o comunale. Ma a quali effetti questa qualificazione di pubbliche amministrazioni conduca, non deve desumersi altrimenti che dalle leggi speciali che le hanno ordinate.

Qui è da soggiungere una grave quistione: se la personalità giuridica dello Stato, de' comuni, delle provincie, sia meramente civile, cioè se debba circoscriversi a' rapporti patrimoniali, o se debba allargarsi ai rapporti di diritto pubblico. Ma tale indagine si dovette preoccupare a proposito della quistione di diritti pubblici soggettivi in riguardo all'ordinamento della giustizia amministrativa (cap. IX, sez. I). A me pare che anche qui la barriera tra diritto privato e pubblico rompa la continuità e la interezza del diritto, e che il concetto di persona trascenda la abusata distinzione e si estenda a tutti i rapporti giuridici delle amministrazioni politiche (2).

---

(1) V. C. C. Torino, 6 luglio 1870 (*Giurispr.*, anno VII, 330).

(2) V. pure il GIORGI, *Dottrina delle persone giuridiche*, Firenze, 1889; VACCHELLI, *Il comune nel diritto pubblico moderno*, cap. V.

## CAPO IV.

## Perpetuità o successione delle amministrazioni pubbliche.

La personalità civile dalle amministrazioni pubbliche veramente distinte ed autonome importa di necessaria conseguenza la perpetuità delle loro obbligazioni e dei loro diritti.

Due questioni possono qui sorgere: l'una in caso di mutazioni politiche di Stati, di dinastie, di governi, se il diritto e l'obbligazione subisca variazione; l'altra in caso di cambiamenti di competenze e di attribuzioni che avvengono fra amministrazione ed amministrazione del medesimo Stato o governo, se l'obbligazione passi dall'una all'altra. La prima questione in più brevi termini riguarda le mutazioni politiche, la seconda le amministrative.

La prima spetta più propriamente alla scienza del diritto costituzionale e trova in essa più opportuna trattazione.

Accenneremo tuttavia essere accettato fra i teoremi del diritto pubblico quello della trasmissione delle obbligazioni tra governo e governo, tra dinastia e dinastia, quando lo Stato rimane essenzialmente lo stesso. Non del tutto esatta è l'applicazione a questo caso delle norme dell'istituto della *successione universale* che si faceva quando lo Stato s'identificava col Principe. È piuttosto la legge di continuità che deve applicarsi. Lo Stato non muta sia per mutar di persona dell'imperante, sia per cambiar di forma di governo, perocchè non è la persona o il governo il vero subbietto giuridico dell'obbligazione, ma lo Stato medesimo, epperò qualunque sia il regnante che succede ad un altro, e sia che acquisti la sovranità per titolo di successione universale o ereditaria, sia a titolo particolare di occupazione, di dedizione o altro, deve riconoscere e mantenere gli obblighi assunti dal predecessore e per esso dallo Stato. *Imperator*, disse Baldo, *mori non potest sed ipsa dignitas, officium imperatoris est immortale: quæ faciunt itaque reges nomine non suo sed regni, i. e. gentis suæ, illa obligant gentem et principem ejus successorem, nisi læderent facta ipsum regnum; quia regni tutela est commissa, non dilapidatio* (1). La perennità quindi e la perpetuità degli obblighi dello Stato è canone

(1) Baldo, *Consil.*, l. 1, cons. 27, l. 2, cons. 159.

di giustizia assoluta (1). È consacrata dal nostro diritto pubblico interno nello statuto (2), riconosciuta e sanzionata nelle leggi di unificazione dei vari debiti pubblici degli stati italiani annessi (3). Soltanto rimane al governo successore il diritto medesimo che avea il governo antecessore, cioè di riconoscere e verificare la costituzionalità, legalità, validità, cioè le condizioni giuridiche intrinseche degl'impegni contratti, come anche di cambiare le forme, i titoli, le modalità di percezione, in conformità e in corrispondenza col nuovo diritto pubblico, salvi sempre nella loro sostanza i diritti acquistati. Onde non è neppure da ammettersi l'eccezione di Baldo che nega la trasmissione nel caso che i fatti dell'antecessore *lædant ipsum regnum*, se non quando la lesione acquisti il carattere d'ingiustizia o d'iniquità che faccia risolvere il fatto giuridico per difetto delle sue condizioni intrinseche.

Quando poi accade che lo Stato muti nel suo elemento materiale, cioè nel territorio e nella relativa popolazione, il che avviene nel caso di annessione d'uno stato ad un altro, allora si domanda se la trasfusione delle obbligazioni si operi indistintamente e confusamente nella nuova e indistinta personalità giuridica dello Stato, o serbi la proporzione delle parti o provincie costituenti il nuovo Stato e rimanga il peso od obbligo a carico del solo territorio annesso. Qui il concetto delle continuità non soccorre. Piuttosto il concetto della successione ereditaria trattandosi di passaggio di un territorio da Stato a Stato. Il primo concetto è per la fusione assoluta delle obbligazioni. Il secondo per la fusione condizionale. A noi sembra giuridicamente e razionalmente doversi rispondere per la seconda opinione, non essendo giusto che il debito preponderante, che gravava lo Stato poi annesso, vada ad aggravare le altre parti dello Stato cui si annette.

Ciò è consentaneo anche al concetto di diritto comune che i pesi debbano essere in ragione de' corrispettivi, ossia debbano seguire la persona in proporzione de' vantaggi. Certamente il concetto della

---

(1) GROZIO, *De J. B. et P.*, lib. II, capo IX, § 8; COCCEJO, *Comm. ad Grotium*, lib. II, c. IX, § 13; BLUNTSCHLI, *D. P. universale*, l. V, c. V, n. 4 e seg., e l. VI, cap. IX.

(2) Art. 31.

(3) Legge organica 10 luglio 1861, n. 945, legge 4 agosto 1861, n. 174, art. 2 e legge 29 giugno 1871, n. 339, serie 2ª, art. 1.

unità politica e giuridica dello Stato deve consigliare il più possibile la unificazione degli obblighi e la solidarietà delle parti nel dovere di soddisfarli, ma come anche nel diritto privato questa presunzione giuridica cede, poste certe condizioni, alla realtà, sicchè in caso di successioni ereditarie i patrimoni rimangono distinti e separati; così la ragion politica non vieta, e l'equità e la giustizia all'opposto possono comandare che rimanga inalterata la ineguaglianza de' pesi stessi e la diversa proporzione a carico delle singole parti che ne eran rispettivamente affette. E come nel caso di annessioni od occupazioni parziali d'uno Stato, per consuetudine di diritto internazionale, i debiti d'uno Stato dividonsi nella ragione che si divide il patrimonio, ossia il territorio dello Stato medesimo: così nella stessa ragione può, e in certe condizioni deve in caso di annessione totale d'uno Stato ad un altro mantenersi la distinzione de' debiti, ciascuno rimanendo a carico della regione e della popolazione che prima lo sopportava.

Certamente questi principii debbono ne' singoli eventi essere sanciti da una legge positiva, che riconosca i debiti, li riparta se n'è il caso, e regoli le modalità della loro estinzione. E la stessa legge italiana prescrive che niuna rendita può essere iscritta sul *Gran libro*, cioè a dire riconosciuta, se non in virtù di una legge (1). Ma da questo non si vuol dedurre che tale ricognizione sia arbitraria e semplicemente facoltativa; essa è di giustizia e di diritto che la legge non fa se non sancire e disciplinare nelle sue accidentalità (2). Piuttosto quella legge significa che lo Stato nuovo ha il diritto di verificare le condizioni, la legalità de' debiti dello Stato totalmente o parzialmente annesso, regolarne la modalità di soddisfacimento, come pure la ripartizione tra le parti vecchie e nuove dello Stato medesimo secondo le condizioni di giustizia, di equità e di politica opportunità.

Venendo ora alla seconda quistione delle mutazioni *amministrative*, cioè al fatto di mutazioni interne che avvengono tra amministrazioni varie nel giro di un medesimo Stato, se queste amministrazioni appartengono a un medesimo ente politico, cioè al medesimo Stato, comune o provincia, non costituendo queste, come sopra accennammo, entità giuridiche diverse, nè potendosi in esse dirsi di-

---

(1) V. legge 10 luglio 1861, art. 2.

(2) C. C. Firenze, causa finanze e ospizio di S. Michele di Roma.

viso l'uno e indivisibile ente, tali mutazioni è chiaro che non mutino menomamente la condizione giuridica del debito nè del suo creditore, se non fosse agli effetti di forme e di procedura per la cambiata rappresentanza. Il medesimo dicasi in caso di mutazioni di forma e di organismo dello stesso ente, cioè comune, provincia, ecc. Ma dove il mutamento avvenga da ente ad ente, come p. e. dallo Stato al comune, o viceversa, dal comune alla provincia o viceversa, o anche da comune a comune, da provincia a provincia (unioni, aggregazioni, frazioni), allora possono sorgere dubbi e quistioni di diritto transitorio circa la competenza degli obblighi.

In principio deve tenersi che insieme coll'attribuzione, ossia coll'interesse o colla *causa pubblica* passino gli obblighi e i pesi correlativi, essendo l'interesse ossia lo scopo dell'ente quello pel quale gli obblighi e pesi sono contratti e pel quale l'ente esiste. Siccome però l'ente è costituito da una varietà d'interessi ossia *servizi*, e di mezzi ossia di patrimonio, non può qui allegarsi la ragione della continuità che si addusse per risolvere la prima quistione in caso di mutazioni formali, nè quella della successione universale adottata per le mutazioni politiche e materiali.

In questa seconda quistione al contrario gli enti giuridici permanendo, è solo una funzione o un interesse che passa dall'uno all'altro. Questa quistione si connette con quella della personificazione degli enti morali. Se è lo scopo che si personifica, c'è continuità. Ma se è la stessa fizione o astrazione, no. E siccome la seconda ipotesi è la più ammessa e ad ogni modo non formando ogni scopo una persona, ma questa risultando da un complesso di scopi, non c'è identità e continuità, ma passaggio da un ente all'altro; quindi piuttosto successione singolare *ex lege*.

Da ciò segue che il contratto concluso tra l'ente e un privato per causa di un pubblico servigio, che a quell'ente incombeva, obbliga l'ente nuovo al quale detto servigio per legge è passato, ma ciò non indefinitamente sibbene per le prestazioni che si vengono compiendo dopo un tal passaggio, non per le già compiute.

La ragione è questa che i pesi nel tema nostro non passano in via ereditaria e successoria ossia di congiunzione di personalità giuridiche, ma in virtù di legge e in corrispettivo dei mezzi effettivi e del patrimonio relativo, perchè la personalità rimanendo la stessa, solo la legge è quella che opera la trasmissione. Avviene accollazione o delegazione *ministerio, vel ope legis*. Anche il di-

ritto italiano suole conformarsi a tali principii nelle varie disposizioni transitorie di leggi amministrative, come può vedersi in quella della legge comunale e provinciale 20 marzo 1865 e 10 febbraio 1889 (1), riguardante gl'istituti e gl'impiegati che passano dal servizio dello Stato a quello delle provincie o de' comuni.

Rimarrebbe un caso, che cessasse un'amministrazione autonoma e ne passasse lo scopo al comune o alla provincia o allo Stato. Non è allora continuità; è successione, quindi trasfusione degli obblighi dall'antico titolare al nuovo, però relativa e limitata al tempo e al patrimonio. Nè il patrimonio dell'ente soppresso può, salvo patto di riversibilità esplicite, ritornare agli eredi del fondatore, perocchè l'eredità è dell'ente non già del fondatore (2).

## CAPO V.

## La gerarchia amministrativa ossia i funzionari pubblici.

### ART. 1. — *Nozioni e classificazioni.*

L'amministrazione sia centrale, sia locale si esplica soggettivamente da un ordine di agenti o alti funzionari o impiegati che dicesi *gerarchia*.

Funzionario e impiegato pubblico non sono la medesima cosa. L'impiegato è retribuito. Il funzionario può non esserlo: p. e. sindaco, consigliere. Ogni impiegato è funzionario *lato sensu* non viceversa. Strettamente funzionario dicesi degli ordini superiori. I magistrati dell'ordine giudiziario sono funzionari pubblici per gli effetti amministrativi.

Funzionario pubblico è, secondo il Merlin, «*la persona preposta ad un ufficio permanente dell'amministrazione*». Preposta, cioè da chi rappresenta secondo la costituzione dello Stato la sovranità o quell'attributo della sovranità che consiste nella nomina o dele-

(1) Tit. v, disposizioni generali transitorie. V. il GABBA, *Della retroattività delle leggi*.

(2) La giurisprudenza ha confermato questi principii in cause di obbligazioni contratte da' corpi morali soppressi. Vedere le sentenze delle corti d'appello e di cassazione nella causa comune di Roma e Marranti, 1886.

gazione de' pubblici magistrati. Dicesi *ad un ufficio permanente*, per escludere gl'incarichi transitori: *dell'amministrazione*, a differenziare i rappresentanti del potere legislativo o il capo supremo dell'esecutivo. Non è poi necessaria al concetto del funzionario pubblico la *rimunerazione* che sia annessa all'incarico. Ma nel nostro diritto positivo però quando si tratta d'impiegato nello stretto senso della parola la rimunerazione è caratteristica, essendo l'*impiegato* definito dalla legge sulle pensioni la persona nominata dal Governo e retribuita in tutto o in parte con uno stipendio fisso a peso del bilancio generale dello Stato (1).

Questi agenti o funzionari si distinguono in varie specie. Sono:

1. Secondo le loro facoltà, o *diretti* o *indiretti*. Quelli hanno facoltà di statuire o comandare, e diconsi perciò *autorità*. Ad essi va congiunta una certa prerogativa di onore anche nell'estimazione comune *(dignitas)*, per es. i ministri, i prefetti, i sindaci, gl'intendenti di finanza, i direttori, i rettori delle università. Gl'indiretti, detti anche ausiliari, e che possono assomigliarsi ai *munera* ed *officia*, si distinguono in:

*a*) agenti di *concetto*, aventi incarichi che addomandano certa coltura sia letteraria o *scientifica*, sia speciale o *tecnica*, sia generale o *amministrativa*;

*b*) agenti d'*ordine*, con incarico meramente ministeriale od esecutivo *(officium)*.

Simile a questa è la distinzione del Batbie che distingue gli agenti che preparano, che ordinano e che eseguiscono gli atti amministrativi.

2. Secondo l'amministrazione cui appartengono, sono ufficiali *generali* o *centrali*, e agenti *particolari* o *locali*. Gli agenti locali governativi sono *parificati* e *assimilati* ai centrali, sottostanno come essi alle leggi e regolamenti degl'impiegati dello Stato, anzi hanno con esso loro comune e indivisa la carriera, cioè si considerano come costituenti una sola famiglia (2). Gl'impiegati locali poi delle amministrazioni autonome (provincie, comuni) sono retti dalle leggi e regolamenti speciali di quelle amministrazioni.

3. Secondo l'ufficio o forma dell'azione, o *esecutivi* o *deliberativi*: questi che determinano il da farsi, quelli che fanno. I deli-

---

(1) Legge 14 aprile 1864, n. 1731, art. 6.

(2) V. R. D. 20 giugno 1871, n. 323, 324, serie 2ª.

berativi poi sono o *consulenti,* che dànno semplici consigli, o *decidenti* o *contenziosi,* che risolvono e sentenziano.

E qui è da esaminar la quistione se debba dividersi il consiglio dell'azione e in quali limiti. Imperocchè quando è un solo che delibera e agisce, l'azione è più immediata e la responsabilità dell'agente più viva; quando altro è l'agente dal consigliere, più lenta è l'azione, ma più matura e intelligente è la decisione. A conciliare i quali vantaggi ed evitare gl'inconvenienti si son distinti i casi. Dove maggiore è l'interesse della prontezza e maggiore il pericolo o danno del ritardo, ivi sia un solo ad avvisare e fare, salvo sempre facoltà di consigliarsi. Dove al contrario più grave è il pericolo dell'errore che del ritardo, ivi l'agente sia obbligato a riportare il consiglio. Ma a seguirlo non già, perchè non gli si tolga il potente stimolo della responsabilità che sarà tanto più grave quando voglia decidersi contro il consiglio ricevuto. Eccetto alcuni casi, ove per gravità della materia si fa obbligo di eseguire il consiglio stesso ciò che si dice decidere *su parere conforme.*

4. Secondo il numero, *agenti singoli* o *collegiali.* Al qual proposito la regola generale è che l'azione sia d'un solo, il consiglio di più. Nè mancò l'esperienza del contrario sistema, e si fece coi direttorii in Francia, perocchè per gli antichi abusi parve allora evidente il contrario, che cioè mai non si potesse senza grave pericolo lasciare all'arbitrio d'un solo il fatto. Ma l'esperimento fu contrario, perocchè maggiori furono gl'inconvenienti, gl'imbarazzi, i danni, sovente impossibile l'azione collettiva, e ne' fatti umani è regola di prudenza star contenti al *men male.*

5. Secondo la natura delle amministrazioni, si distinguono i funzionari in *generali* e *speciali,* secondochè appartengono alle amministrazioni ordinarie e complesse, p. es. le prefetture, o alle speciali, come gl'intendenti di finanza, i provveditori agli studi.

Anche sogliono distinguersi i pubblici ufficiali in *interni* ed *esterni* secondo la residenza ecc.

Veduta così la idea generale della gerarchia amministrativa e le classificazioni principali, veniamo a parlare più particolarmente degli elementi che la compongono, ossia dei funzionari. Di questi è d'uopo considerare: 1° il rapporto che li lega all'amministrazione; 2° l'origine, ossia il modo come diventano; 3° la loro funzione o vita giuridica, cioè i loro obblighi e diritti colle relative sanzioni, e insieme, per connessione di materia, i modi come cessano dalla loro funzione.

### Art. 2.

### *Rapporto giuridico del funzionario coll'amministrazione.*

Ecco un punto fondamentale del diritto amministrativo. Dipende dal concetto dello Stato e de' suoi poteri, si connette alla quistione e alla teoria de' limiti e rapporti tra l'amministrazione e il potere giudiziario, e da esso derivano i diritti ed obblighi che intercedono fra lo Stato stesso e i funzionari, fra l'uno o gli altri e i terzi. Il concetto generale dell'ente giuridico, quello speciale dello Stato, la teoria della rappresentanza in diritto pubblico, del mandato nel diritto privato, la teoria civile delle locazioni d'opere, le idee economiche sulle prestazioni di opere intellettuali o liberali, tutti siffatti principii e siffatte quistioni sono richiamate e vengono a pigliare posto sul campo di questa controversia (1).

Non si dubita che un rapporto tra lo Stato considerato come ente morale e i suoi agenti o funzionari esista. A meno di non rimontare all'epoca incolta, in cui l'idea dell'ente Stato non formata o non matura si confonde colla stessa sovranità che ne è un elemento, e la persona del funzionario s'identifica con quella della funzione pubblica, in modo che per mancanza di termini distinti il rapporto stesso non può concepirsi, la esistenza di questo è ormai una verità consentita e quasi di fatto. Ma la grande controversia è sulla natura di cotesto rapporto. Ora tutte le opinioni escogitabili o escogitate su questa materia nella dottrina e nella prassi si riducono alle seguenti:

1. Niun rapporto giuridico ma solo morale o politico intercede tra lo Stato e i funzionari. Lo Stato è istituzione etica che rappresenta l'ordine della vita collettiva; è lo stesso popolo e la stessa vita comune ordinata esteriormente. Partecipare quindi alle funzioni nelle quali si attua e si esplica quell'organismo è un dovere morale che s'impone per necessità morale, che può esprimersi col nome speciale di politico (2), ma che sfugge agli ordinari rapporti civili e giuridici che fonda e determina l'arbitrio della volontà

---

(1) Consultare sul grave argomento il Gönner, *Der Staatsdienst*, 1808; Seuffert, *Von den Verhältniss des Staates und der Diener des Staates*, Würzburg, 1793; Becke, *Von Staatsämtern und Staatsdiener*, Heilbronn, 1797.

(2) Mantellini, *Stato* — Codice, pag. 128.

umana. A queste opinioni si richiama tutte quelle varietà di dottrine che si dicono della *unilateralità* della funzione pubblica, sia che muovano dal concetto di esse come *dovere* solo dell'impiegato (1), sia che partano dalla negazione di ogni diritto personale e subiettivo derivante da diritto pubblico (2).

2. Esiste un rapporto giuridico fra lo Stato e gl'impiegati, ma solo di diritto pubblico, non già di diritto civile o privato. Essendo la gerarchia quell'istrumento pel quale lo Stato agisce, anzi quell'apparato in cui necessariamente si esplica, e da ente astratto e intelligibile si rende vivente e concreto: dacchè il funzionario mutua la sua personalità fisica e reale alla persona astratta e fittizia della collettività sociale; ne segue che il rapporto è tutto determinato da necessità, regole e sistemi d'ordine pubblico, quindi tutto di diritto pubblico, nè può adattarsi punto alle figure determinate nel diritto privato e per privata utilità. Codesti rapporti non possono dunque portare azione, ma solo reclami e procedimenti in via amministrativa (3).

3. Havvi un *vinculum juris* tra amministrazione e funzionario pubblico, che dà origine a un'azione civile, ma esso non è nè una locazione d'opera, nè una vendita, nè un mandato, nè altro contratto di diritto strettamente privato, sibbene un rapporto *sui generis* e al più un contratto innominato e indeterminato che riceve poi la sua determinazione e le sue regole dalla legge speciale (4).

È innegabile, dicono i fautori di questa opinione, che tra l'amministrazione e i privati funzionari passi un rapporto di diritto, giacchè vi passano degli effetti giuridici, come il diritto allo sti-

(1) GÖNNER, *Ueber den Staatsdienst.* A questa opinione si vuol riportare la C. A. Lucca 26 luglio 1890, benchè superflua ed estranea alla sua tesi (Vedine la recensione del GABBA, *Foro ital.*, XVI, I, 41, e nel LONGO, estr. dall'*Arch. di diritto pubblico.* Palermo, 1891).

(2) Vedi GERBER, *Gründzüge des deutsches Staatsrechts;* MEYER, *Staatsrecht;* ZACHARIÆ, *Staatsr.*

(3) C. C. Roma, 13 aprile 1880 (*Annali*, XIV, II, 154).

(4) V. BONASI, *Della respons.*, n. 363 e seg.; C. A. Bologna nella notevole causa fra lo Stato e il prof. Ramenghi, 4 dicembre 1866, ivi citate; PACIFICI-MAZZONI, *Locazione*, n. 282, p. 395; C. C. Roma, 3 genn. 1880 (*Foro it.*, V, 1, 73); ORLANDO, *Princ. di dir. ammin.*, § 140 e seg.; MARCADÈ, III, art. 1708, 1711; SEYDEL, *Allgemeine Staatlehre;* LABAND, *Staatrecht;* LÖNING, *Lehrbuch d. d. Verwaltungsrecht.*

pendio, all'indennità e simili. Ma siffatto rapporto non è quello che passa tra il locatore e il conduttore d'opera, perchè tal rapporto è almeno *ex voto* perpetuo e per indeterminata serie di lavoro, laddove la locazione dell'opera non può essere che a tempo o per una determinata impresa. È inoltre per opere per lo più liberali e intellettuali, mentre la locazione riguarda l'opera materiale e sarebbe uno snaturare la nobiltà della funzione pubblica, specialmente di quella specie che importa rappresentanza, l'assomigliarla a un'impresa determinata di lavori. Aggiungansi le sanzioni penali o disciplinari che nulla han che fare con alcuna specie di locazione d'opera. Nè lo stipendio rappresenta la mercede, cioè il prezzo commisurato all'opera prestata. Non è neppure un tal rapporto quello del mandato civile, perchè il mandato è ordinariamente gratuito, non perpetuo, rivocabile *ad nutum*, per fare qualche cosa determinata in nome o almeno per interesse privato del mandante, mentre la funzione pubblica è rimunerata da stipendio ed altre onorifiche od utili prestazioni, si conferisce per diritto o almeno per equità e consuetudine in perpetuo, e importa non la gestione o amministrazione di quello o questo affare, ma di una serie, di un ordine di atti diretti allo scopo di bene pubblico e nell'interesse di tutti.

4. L'impiego o funzione pubblica non è che una locazione d'opera. Il lavoro anche intellettuale e liberale, com'egli è ormai ammesso da molti autorevoli scrittori e magistrati, può formar oggetto di questo contratto. Lo stipendio col corredo delle pensioni, delle indennità e degli altri emolumenti non è che una mercede. Nè osta la stabilità o perpetuità dell'impiego, perchè non è che eccezionale in dati casi, negli altri non è che consuetudinaria e soggetta a molte condizioni che la fan cessare, e non è obbligatoria mai per il locatore di opera, cioè per l'impiegato che può rinunciare quando voglia all'impiego (1).

5. Tra l'amministrazione e il funzionario passa un vero mandato civile, non essendo la funzione pubblica se non un incarico

---

(1) Corte di cassazione di Firenze, 18 gennaio 1869. Levi, *Degli appalti;* Ricci, *op. cit.*, VIII. La C. A. Napoli, dec. 3 marzo 1875, la dice contratto *sui generis* cogli effetti delle locazioni d'opere; C. A. Firenze, 21 gennaio 1876 (*Annali*, 1876, pag. 406 e nota sullo stato della giurisprudenza); Duvergier, II, 268 e seguenti; Toullier, VI, 284 e 297. Sulla locazione di opere liberali vedi ancora il Pescatore, *Filosofia e dottrine giuridiche*, p. 138.

conferito da chi rappresenta lo Stato per compiere affari in nome o per conto di questo con o senza retribuzione (1).

6. È da distinguere fra le funzioni degl'impiegati diretti e di altri che si compiono in nome e persona dello Stato e quelle degli indiretti che si compiono per solo incarico e per l'interesse dello Stato. In quelle più si rileva l'indole del mandato, perchè la rappresentanza viene essenzialmente dal mandato. In queste però al contrario spicca la locazione d'opera, sia questa liberale come quella de' professori, degl'ingegneri, de' medici che sono condotti dalle amministrazioni pubbliche a insegnare, a costruire opere d'arte, ad assistere i malati; sia illiberale, come quella degli amanuensi, e del basso ministero (2).

Per dire il nostro pensiero, ritorniamo sulla serie delle quistioni sopra divisate. Che un rapporto vi sia pure fra l'amministrazione e i suoi funzionari, e questo sia quindi incontroverso si prova, nonchè dai principii, anche dagli effetti che produce. È certo che il funzionario non realizza in sè tutto lo Stato nè s'immedesimano le due persone altrimenti che per un vincolo giuridico e per certi effetti, e per mera finzione, e solo ne' riguardi de' terzi. Ma nei rispetti tra l'amministrazione e l'ufficiale pubblico, v'è differenza di persone e quindi rapporto. Per quanto in uno stadio elementare di cultura e in una forma di stati primitiva si debba concepire lo Stato come compenetrato nella persona del sovrano o del funzionario, e questo ordinante ed agente a nome proprio, sia pur nell'interesse o pel bene pubblico, certo non è questo il concetto moderno dello Stato. Niuno v'ha che identifichi ormai nella sua mente una persona sia pur sovrana che regga lo Stato collo Stato medesimo, e non concepisca questo per l'insieme astratto del popolo e degl'interessi comuni, cioè a dire non veda fra il funzionario e lo Stato una duplicità di persone e quindi un rapporto. Poi, siavi pure identità, ma questa finzione sorge da un vincolo tra Stato e persona, e genera rapporti tra essi. Certamente che a tale rapporto preesistono o si accompagnano rapporti d'ordine morale e politico, non v'ha dubbio, perocchè ogni vincolo che leghi fra loro le libertà è morale. Trattandosi poi di tal vincolo che costituisce la funzione pubblica e serve a dare allo Stato e alle altre sue organiche fra-

(1) Vedi TROPLONG, MERLIN, DEMOLOMBE, DURANTON, BALLERINI.

(2) Di questa opinione si può addurre l'autorità del LAURENT, almeno in quanto ai principii (*Princip.*, XX, p. 593, p. 638).

zioni la rappresentanza, la vita, l'azione, un tal rapporto è necessariamente di essenziale e supremo interesse pubblico, e quindi appartiene eziandio all'ordine politico. Ma l'ordine politico non esclude l'ordine giuridico, che anzi diviene un fattore dell'ordine giuridico non solo quando la legge è venuta a riconoscerlo, ma eziandio antecedentemente alla legge, perchè anche l'ordine politico ha le sue esigenze intimamente giuridiche, quando tocca i fondamenti della libertà e della eguaglianza umana.

La ragione politica modifica, è vero, i semplici e primitivi rapporti della libertà, ma anche quando ciò avviene, la legge di convenienza e di opportunità politica si deve trasformare in diritto mediante la volontà legislativa. Il dire dunque che i rapporti fra lo Stato e l'impiegato sono di natura politici, non esclude già che siano rapporti giuridici, ma significa soltanto che sono determinati in parte dall'idea di libertà ed eguaglianza, in parte però da ragioni di espediente che si trasformano per la legge in diritto costituito mediante l'idea etica della società e del dovere sociale.

Più giusto dunque e più vero sarebbe dire che il rapporto è di diritto pubblico, perchè s'informa non alle regole di stretta giustizia privata ma alla necessità di ordine pubblico. Ma neppure al tutto adeguato sarebbe l'affermare un'antinomia fra l'esser questi rapporti di diritto pubblico o politico e l'esser di privato o civile; e in qual senso si debba intendere questa distinzione, è pregio dell'opera accuratamente indagare.

Ritorniamo un istante sopra una teoria già svolta di sopra ad altro proposito.

Il diritto è un solo e medesimo: uno nella sua radice, nel suo tronco: la varietà viene ne' rami, cioè nell'applicazione agli ordini varii della vita, de' fatti, de' rapporti. In quest'applicazione s'innesta un elemento che direbbesi eterogeneo, la *utilitas*, la quale ora è esclusa o almeno subordinata strettamente anch'essa al principio della libertà ed eguaglianza, salvo le accidentalità e determinazioni necessarie che si fanno per arbitrio legislativo: ora prepondera su quel principio e si fa deviarlo quasi dalla sua normale esplicazione, e dal suo logico svolgimento, il che però avviene anch'esso in virtù di un altro principio etico o giuridico che è uno de' principii, quasi radici del diritto, la socialità. Nel primo caso si ha il diritto privato o civile, nel secondo il diritto pubblico o politico.

Ma talvolta diritto privato o pubblico dicesi non per rapporto alla *ratio legis* o al principio che lo informa, sibbene semplicemente per rapporto alla persona cui viene attribuito, secondochè sia la persona pubblica o la privata. Questo non è che senso materiale. La persona pubblica acquista, contratta, nè per questo il diritto che ne consegue fa parte del diritto pubblico propriamente detto. Ora in tal senso la parola *pubblico* può fare equivoco. Finchè si tratti infatti delle proprietà, de' crediti o debiti, de' contratti che fa nel suo patrimonio lo Stato o il comune, niun dice che questi istituti fan parte del diritto pubblico. Ma quando uno Stato contratta con un altro Stato, come avviene nei trattati di commercio o di politica, si dice che i contratti son di diritto pubblico, benchè in realtà i diritti che ne scaturiscono nè quanto agli effetti, nè quanto ai modi di acquisto, nè quanto alle forme sian diversi da quelli che derivano da' contratti privati. Certo la ragione o scopo soggettivo che ispirò quei trattati sarà stata ed è sempre la *pubblica utilità*, ma questi motivi della persona contraente non cambiano la natura de' rapporti giuridici, sono motivi del contratto non ragioni del diritto contrattuale, come la *privata utilità*, che abbia persuaso a Tizio un contratto, non muta la sostanza giuridica di questo, per quanto quella *utilità* sia diversa da quella che abbia consigliato il medesimo contratto ad un'altra persona. Adunque i fatti giuridici della persona pubblica, non per ciò solo che sono di persona pubblica, e ispirati o ragione d'ordine pubblico, costituiscono scientificamente un diritto diverso dall'ordinario, cioè un vero *jus* pubblico, ma solo allora quando per codesta *publica utilitas* si crea un *jus singulare* che si attribuisce alla persona pubblica. In questi termini non è la *ratio* subbiettiva del fatto giuridico, ma la *ratio* oggettiva del diritto fondato su pubblica utilità e attribuito esclusivamente alla persona pubblica o in grazia di essa che determina il vero *jus* pubblico. In questo senso diritto pubblico è tutto quello che non può competere alla persona privata in quanto tale. In questo senso è vero *jus* pubblico sol quello che *ob publicam utilitatem invectum est*, è quello che appartiene alla persona pubblica o alla privata in quanto elemento d'una pubblica rappresentanza, p. e. il diritto elettorale: il resto è diritto pubblico impropriamente detto, ed è invece veramente diritto privato perchè *in multis rebus* lo Stato e la *Respublica privatorum iure utitur*.

Pertanto questa distinzione non è una divisione. Non è mate-

riale cioè, ma formale. Sono due aspetti e applicazioni di diritto, non due diritti. Nel diritto delle persone private vi può essere la *ratio publicæ utilitatis*, p. e. nel diritto sulle doti o sui beni dei minori, nel regolamento della proprietà fondiaria, nelle successioni, nei diritti di famiglia. Come, d'altra parte vedemmo la persona pubblica vivere nel diritto privato, così vediamo la privata persona partecipare in certa guisa alla ragione pubblica.

Si può quindi suddistinguere un diritto civile pubblico spettante a private persone per ragioni di pubblica utilità come il diritto delle doti e dei fidecommessi: e il diritto strettamente pubblico o politico che per ragione di pubblica utilità trovato alla sola persona pubblica appartiene o anche alla privata in quanto partecipe della pubblica, per es. il diritto delle imposte, il diritto della pena pubblica, i privilegi del fisco, la leva militare, il diritto elettorale.

Anche i romani distinsero due specie di diritto pubblico, l'uno quello che *ad Statum rei romanæ spectat*, il vero diritto politico, che considera lo Stato come unità morale e politica: l'altro quello che implicitamente *utilitatis* (cioè *publicæ) gratia inventum est*, come il diritto pel quale *interest reipublicæ mulierum dotes salvas esse*, il diritto cioè non per lo Stato collettivamente considerato, ma per lo Stato distributivamente riguardato, cioè pel popolo, per la società.

Ora il rapporto della funzione pubblica può egli dirsi che sia di un diritto esclusivamente politico? Non si può a nostro avviso ammettere questo assunto, perocchè non è essenziale nè esclusivo allo Stato la personificazione o rappresentanza giuridica e l'operare per mezzo di altri. Anche i privati istituti, anche le società anonime, stanno nella medesima condizione e o incaricano altri di agire in nome loro o dànno altrui a fare qualche cosa che ad essi per i loro fini interessa.

Ma, si obbietta, mentre per le società e gl'istituti e i privati l'incarico è atto di volontà, per i funzionari pubblici è dovere morale, è necessità di ordine pubblico, e quindi potrebbe imporsi per legge o comando dell'autorità ed anche gratuitamente come avviene in certi casi presso i governi rappresentativi e in molti più casi ancora nei governi democratici, senza che il rapporto cambi per la rimunerazione ne' casi in cui si ammette che sia spontaneo e retribuito. Al che si risponde che deve distinguersi tra la ragione del rapporto giuridico e l'essenza sua. La ragione che stringe il

legame fra un ente collettivo e il suo agente sarà di utilità, di ordine privato o pubblico, sarà anche meramente spontanea per parte dell'agente, mentre quella che lega il funzionario allo Stato sarà obbligatoria moralmente ed anche giuridicamente e di ragione pubblica, ma non per questo il rapporto che ne risulta è di natura diversa da quello che lega il funzionario a qualunque altra privata o pubblica amministrazione. Le medesime conseguenze giuridiche possono scaturire da un vincolo che sia imposto sia dalla volontà libera de' contraenti, sia dalla legge morale e dalla ragione intrinseca delle cose.

Resta adunque che il rapporto giuridico di cui trattiamo sia di diritto pubblico nel senso, che ai principii di diritto comune e ordinario intreccia alcuni elementi speciali per la pubblica utilità. È infatti ormai una verità sperimentale che tra Stato e impiegato si dà azione civile. Nella giurisprudenza non v'ha caso in cui fu negata azione civile al funzionario soltanto perchè funzionario, benchè molte volte è stata negata per effetti che non entrano nella sfera giuridica.

D'altronde non si capisce perchè colui che amministra, per es., la rendita dello Stato, debba esser considerato in posizione giuridica diversa da colui che maneggia i denari di un'opera pia o d'un privato. Il vincolo è essenzialmente lo stesso nelle funzioni dell'uno e in quelle dell'altro: ma si comprende che ragioni e leggi d'ordine pubblico impongono a quelle per riguardi di necessità e di utilità pubblica certe norme, garanzie, condizioni, obblighi che ordinariamente non si prescrivono a queste. C'è nei diritti e doveri d'un funzionario una parte *giuridica* e una parte *statutaria;* quella contiene i principii e le conseguenze d'ordine civile e ordinario, questa d'ordine speciale pubblico.

Concludendo pertanto, il rapporto tra l'amministrazione pubblica e i suoi funzionari può dirsi di *diritto civile speciale* e nella sua specialità si può dire di ordine e diritto pubblico; ma non nella sostanza del medesimo istituto (1). E quindi la necessità di ricercare a qual figura di diritto civile esso debba riferirsi.

---

(1) In questo senso ci sembra da non ripudiare la teoria degli autori tedeschi che parlano di un contratto di diritto pubblico (*staatsrechtlicher* o *öffentlichrechtlicher Vertrag*), come il Klüber, *öffentlich Rechts des d. Bund;* Laband, *op. cit.;* Loening, *Lehrbuch des d. Verwaltungsrechts.*

Dire che si tratta d'un contratto *sui generis* o d'un contratto innominato, allora soltanto sarà giusto che sia provato non poter riferirsi a nessuna delle specie designate dei contratti ordinari nominati. Esaminiamo adunque le ipotesi della locazione d'opera e del mandato.

I contratti, specialmente i bilaterali, benchè si distinguano per varietà determinate dall'indole speciale dello scopo cui servono, sulla base della volontà, e coll'istrumento della logica, sono congeneri, hanno un tipo comune che è lo scambio, e però un fondo comune di principii e di conseguenze giuridiche. Le specie quindi determinate dalla giurisprudenza classica dei contratti nominati, specialmente i consensuali, e quelle enumerate dal diritto civile moderno, non sono quadri di tal rigore che l'uno non sia suscettibile di ricevere influenze ed applicazioni dall'altro; applicazioni che, quantunque siano dette *analogie* per rapporto alle specie divisate, non sono che applicazioni del principio supremo informatore di tutte, che è lo scambio. Anche in diritto romano, ove la fissazione delle specie era più rigorosa, e lo era non solo sotto il diritto antico formulario, ma anche dopo lo svolgimento della equità pretoria e imperiale; tuttavia noi incontriamo frequente nei testi e nella risoluzione de' casi questo scambio di analogie e di applicazioni, e leggiamo applicato a un caso di mandato quello che è stabilito propriamente per la materia della locazione o viceversa. Così nel rapporto della *præpositio institoria* si potrà trovare un affare di mandato, di locazione, di deposito, secondo i casi.

Ciò posto non è da meravigliare se cercando la specie giuridica cui riferire come ad istituto suo proprio la funzione pubblica, non se ne trovi una che sia così completamente adequata ed esclusiva da spiegarne i fenomeni, che essa sola tutte interamente valga a disciplinare le sue conseguenze giuridiche ed anche le regole di un'altra specie non le si possano attagliare. Anche fenomeni giuridici d'un contratto o di un negozio tra privati non sempre si possono spiegare coi principii d'un solo istituto, poichè gli affari e le convenzioni umane non son semplici come le specie scientificamente determinate, ma sono sovente miste di varie specie. In mancanza di una legge che qualifichi giuridicamente la funzione pubblica, e invece in cospetto di molte leggi che ne fanno un diritto speciale, còmpito del giurista non è già quello di trovare un *nomen juris* che solo e interamente ne definisca tutti gli effetti, ma di

trovare quale istituto meglio lo definisca, o quale tra più istituti simili ne spieghi e definisca il maggior numero di effetti.

La locazione d'opera e il mandato sono appunto due forme di contratti bilaterali o di scambio che si toccano da più punti e da più si distinguono. Entrambi hanno a scopo procurarsi un'utilità dall'opera altrui; senonchè il mandato ha questo di particolare, che l'uno si vale dell'opera dell'altro per fare quello che dovrebbe, ma non può o non vuole far di persona, cioè gli atti della vita civile, ciò che significa che il prestatore dell'opera agisce non solo per utilità, ma in luogo e in vece dell'altro, mentre nella locazione si agisce per conto di ambedue i contraenti. Si toccano quindi negli estremi sostanziali, cioè nell'avere ad oggetto di scambio da una parte l'opera, dall'altra la mercede. Senonchè variano nelle accidentalità degli estremi medesimi.

Così quanto all'oggetto, cioè all'opera, è quistione che si discute in economia civile e in diritto se possa venire in locazione l'opera liberale o intellettuale. Ma come in economia si ammettono tra i prodotti gl'*immateriali*, e tra' capitali i capitali *morali*, così di rimbalzo anche molti dei giuristi non rifiutano alle opere illiberali la protezione del diritto che altri invece lor negano sotto il pretesto del loro pregio incalcolabile e della loro nobiltà. E ammesso questo, non sembra omai più logico, avendo un istituto bello e fatto, cioè quello della locazione, andare ad immaginare un contratto *sui generis* o senza nome per dare al servigio degli ufficiali pubblici una qualificazione giuridica.

Nè il codice civile enumerando le tre principali specie di locazione d'opera, tra le quali non ha certo luogo quella de' professori, medici, ingegneri ed impiegati, esclude, anzi lascia indeterminato il numero e la specie delle altre. E vi sarà locazione d'opera tutte le volte che una parte si obbliga a fare una cosa per l'altra per una mercede.

Quindi liberale o no, quando vi è opera obbligata per una mercede, c'è locazione. In ciò dunque tra locazione e mandato non vi possono essere che differenze accidentali, come queste: che l'opera nel mandato è civile e generica, nella locazione è tecnica e speciale: che nella locazione l'opera può essere liberale o illiberale, nel mandato è ordinariamente, se non esclusivamente, liberale, cioè un affare (1): che nel mandato l'opera ha un carattere morale e

(1) Cod. civ., art. 1737.

di stretta fiducia, a differenza della locazione, ove si ha in mira l'industria e l'abilità e altro valore tecnico, non morale.

La mercede che alla locazione d'opera è essenziale e rigorosa (cod. civ., art. 1570), nel mandato diviene accidentale (cod. civ., art. 1739). Così nella locazione si può persino concepire il rimedio della lesione, nel mandato no. Il rovescio accade quanto all'indennità che è estranea alla locazione (cod. civ., 1635, 1637), connaturale al mandato (1753, 1754), appunto perchè la mercede nella locazione essendo sostanziale abbraccia opera e spese, mentre nel mandato essendo puramente pattizia non si presume stipulata se non salvo il compenso delle spese e questo è sempre dovuto quando non vi sia convenzione contraria.

Questi sono i *caratteri principali*, comuni e differenziali fra i due contratti. Vi sono poi le analogie e le differenze *conseguenziali* che discendono da quei caratteri. Così i due contratti sono entrambi personali da parte del prestatore dell'opera, e si estinguono colla morte l'uno dell'artefice o impresario (art. 1642), l'altro del mandatario (art. 1757, al. 4). Nè possono delegarsi (art. 1644, 1748). Però il mandato può essere rinunciato dal mandatario, la locazione no dal locatore d'opera (art. 1757). Ma in quanto alla persona cui l'opera si presta, più spicca nel mandato la personalità pel carattere morale dell'opera al quale risponde una fiducia tutta personale dello stesso mandante, quindi segue la cessazione del mandato anche per morte o interdizione o revoca del mandante (art. 1757, 1758), laddove per la morte del conduttore dell'opera o del committente non si estingue la locazione o l'appalto, e mentre la locazione non è se non condizionalmente e relativamente dal committente revocabile (art. 1641).

Gli obblighi eziandio di chi presta l'opera nella locazione e nel mandato, ossia la *responsabilità*, s'assomigliano o variano secondo i caratteri che han comuni o diversi. Così nella locazione d'opera pura (in quella mista varia la conseguenza, perchè v'entra di mezzo, secondo la più vera sentenza, l'elemento della vendita), il prestator d'opera non risponde che della colpa (art. 1636) come nel mandato il mandatario (art. 1746).

Nella responsabilità *indiretta* c'è da fare una grave differenza. La responsabilità indiretta è quella che si contrae per fatto non proprio. Ora tanto la locazione d'opera che il mandato s'accordano in ciò che il prestatore d'opera ordinariamente è obbligato verso

il committente pe' fatti delle persone da esso prestatore adoperate (art. 1644, 1748). Si distinguono in questo che il committente non contrae mai responsabilità pe' fatti dell'impresario verso i terzi con cui questi ha avuto che fare: al contrario il mandante pe' fatti del suo mandatario contrae ordinariamente responsabilità, anzi egli solo la contrae, non già il mandatario, quando questi ha contrattato verso i terzi in nome del mandante (art. 1744, 1751). In altri termini la responsabilità indiretta nella locazione d'opera si restringe nella cerchia dei rapporti contrattuali che intercedono tra i contraenti stessi, nel mandato trascende questi rapporti e avvince il mandante eziandio verso i terzi coi quali il mandatario trattò in virtù e per effetto del mandato istesso.

Qui è la capitale caratteristica differenza del mandato dalla locazione d'opera, differenza che si compendia sotto la parola *rappresentanza*, e che è la finzione giuridica per la quale una persona prende il posto di un'altra, da assente rendendola presente, ed acquistando per essa e non per sè diritti ed obblighi. La rappresentanza è l'effetto del mandato *dichiarato* e nasce dallo scopo caratteristico e storico del mandato, di far fare per altri quegli atti che noi siamo impediti di fare per noi, donde risulta la specialità dell'opera prestata che nel mandato è tale che pone il prestatore nella necessità di avere a fare con altri (1).

Riassumendo pertanto i rapporti e le varietà tra la locazione d'opera liberale e il mandato salariato, troviamo che mentre essi hanno comune lo scopo, l'oggetto e l'estremo della ricompensa in genere, variano però solo nelle qualità e accidentalità dello scopo medesimo, dell'opera e della mercede, e così s'accordano o variano nelle conseguenze logiche di tali medesimezze o varietà.

Volendo applicare agli uffici pubblici questa teoria si comprende subito che non può essere uguale per tutti il risultato della applicazione. Imperocchè costante in tutti lo scopo generico e l'estremo dell'opera prestata, variano in essi l'estremo della ricompensa e le modalità degli altri estremi. E infatti non solo v'hanno ufficii che escludono ogni rimunerazione, ma in quegli stessi che l'ammettono spicca una varietà che ne concerne l'oggetto, cioè lo scopo. Alcuni ufficii hanno per missione di fare per lo Stato quello che dovrebbe fare, ma non potrebbe fare per sè. Tali sono i ministri, prefetti,

(1) Vedi LAURENT, PACIFICI-MAZZONI, LEVI, RICCI (*dir. civ.*, VIII).

sindaci, magistrati, direttori generali, rappresentanti diplomatici, generali d'armata, agenti diretti della forza, contabili amministratori e gestori del denaro pubblico, custodi e depositarii dei registri pubblici e simili. Altri hanno a scopo soltanto di procurare ad esso o al popolo una utilità o prestare un servigio. E di questi alcuni hanno ad oggetto un'opera liberale o tecnica (ingegneri, sanitarii, professori, consiglieri di Stato e molti degl'impiegati così detti di concetto), altri opera materiale o illiberale. come molti degl'impiegati di ordine e il basso ministero. V'ha talun ufficio ove si presta opera parte diretta e di rappresentanza, parte esecutiva e ministeriale, per esempio i segretarii dei municipii.

Ora sembra a noi chiaro che cercando il tipo giuridico prevalente e caratteristico nelle funzioni pubbliche, debba essere quello del mandato nei funzionari diretti e in quelli dei funzionari indiretti che hanno dalla legge di agire a nome e per conto dello Stato, quello della locazione d'opera in quei funzionarii indiretti che prestano ufficio meramente esecutivo e non a nome e vece dello Stato, benchè nell'interesse dello Stato medesimo e pei fini suoi.

Questi, come si diceva, sono delle funzioni pubbliche i caratteri prevalenti e caratteristici. Ma ciò non vieta che a regolare certi effetti giuridici che sono comuni all'uno e all'altro istituto, si possa ricorrere ad entrambi, per esempio, per l'obbligo in genere all'opera o alla rimunerazione convenuta, mentre però certi effetti speciali giuridici non si spiegano senza riandare i principii dell'uno o dell'altro tipo speciale.

È facile il dimostrare il fondamento di questa distinzione. La locazione d'opera la quale basta a spiegare gli effetti giuridici delle ricompense ordinarie o straordinarie e la responsabilità diretta del funzionario ed anche la indiretta che non esce dai rapporti contrattuali è impotente per sè sola a dimostrare e riflettere la nobiltà superiore della funzione pubblica, la sua eminente personalità, la indelegabilità, la revocabilità, la renunciabilità, salvo patto o regolamento in contrario, lo insieme degli obblighi etico-giuridici che legano l'amministrazione all'ufficiale pubblico, l'obbligo del rendiconto nell'agente pubblico (art. 1747), e specialmente la responsabilità verso terzi dell'amministrazione dello Stato pei fatti giuridici buoni o cattivi dei funzionari nell'esercizio delle loro funzioni, infine non basta a spiegare la responsabilità eccezionale del funzionario verso i terzi stessi per eccesso od abuso.

Nè osta la stabilità per consuetudine ed anche per regolamento assicurata, in certi casi e condizioni, allo impiegato e la inamovibilità a certi funzionarii garantita da legge. Imperocchè, se questa sembra offendere il principio della precarietà ossia revocabilità libera del mandato, potrebbe dirsi che neppure consuona al moderno principio della temporaneità dell'opera locata (art. 1628). Ma come a questo principio la stabilità o immobilità dall'ufficio pubblico non si oppone se non in apparenza, così del pari solo apparentemente contravviene a quello della revocabilità del mandato.

La inamovibilità infatti non è se non una pura eccezione che vincola soltanto l'amministrazione e non il funzionario, stabilita in casi specialissimi di alti funzionarii, accordata loro dopo una lunga carriera e piena garanzia data alla fiducia dello Stato, introdotta per superiori ragioni di pubblico servizio, e quindi conferma la regola in contrario. E codesta eccezione è appunto uno *jus singulare* adottato nel diritto civile ordinario per la causa pubblica. La quale eccezione può benissimo rientrare per le sue conseguenze giuridiche sotto i rapporti della locazione. Senonchè tali conseguenze si limitano all'obbligo inalterabile della mercede, nonostante la revoca, nè vanno certo sino all'obbligo di accettare la prestazione dell'opera, perocchè le obbligazioni in *faciendo* si risolvono per loro natura nel *quanti interest.*

Dimostrata così negativamente e dagli effetti l'applicabilità della teoria del mandato e della locazione ai rapporti della funzione pubblica, riprendiamo dai principii la questione.

Lo Stato è un ente morale necessario. Tale essendo non solo non gli ripugna ma gli è connaturale il dare mandati e condurre opere per raggiungere i suoi fini. Il mandato, preso nella sua più larga idea, essendo l'affidamento ad una persona della cura degli affari nostri, ne risulta che per l'ente morale il mandato è necessario da parte del mandante, complesso per una serie di affari, e quindi è una stabile rappresentanza e quasi una personificazione dell'ente nel suo funzionario *(institoria, commissione, preposizione).*

Lo Stato essendo persona morale e giuridica per eccellenza, istituzione perfetta, fondata nell'ordine necessario delle cose, per il bene del popolo, avrà anch'esso per naturale e necessario strumento della sua vita il mandato. Che anzi il mandato pubblico ha questo di speciale che è necessario non solo dalla parte del mandante, ma del mandatario, perchè ogni cittadino è moralmente e può essere

ancora giuridicamente obbligato a concorrere agli uffici pubblici. Ma ciò eleva, non cambia la natura giuridica del mandato.

Lo Stato negli ordini esecutivi si organizza e svolge pel mandato. La stessa costituzione delle sovranità cioè dell'organo imperante o almeno del legislativo, ne' paesi retti a libertà, si fa per mandato.

Certo il potere costituente non è una sovranità, nè il diritto elettorale una delegazione, e si distinse sopra lo *jus constituendi* o *nominandi* dal mandato. Ma si dee distinguere il potere sovrano dal potere subalterno, l'ordine costituzionale dall'esecutivo. Il mandato se non si può applicare a quello si applica però a questo con certe condizioni, forme e leggi che modificano le conseguenze logiche del mandato, ma senza distruggerlo. Qui il mandato acquista però più specialmente un carattere singolare, dipendente dalla legge, dalla necessità d'ordine pubblico. Il potere sovrano, cui è costituzionalmente attribuita la facoltà costituente de' poteri subalterni, manda a nome dello Stato, che già per mandato rappresenta e personifica, ad altri subbietti gli uffici od organi pubblici co' quali il potere supremo della sovranità viene realizzando ed effettuando la piena autorità sociale, ossia la gerarchia politico-amministrativa. Tutte queste delegazioni sono veri mandati che si fanno per leggi fondamentali o generali con certe norme e condizioni, ora gratuitamente, ora con ricompensa, ora con diritti utili speciali, ora senza; ma il tipo fondamentale del mandato non cambia mai finchè v'ha delegazione di poteri. Quando poi il potere non si delega nè si trasmette, ma solo si assume l'altrui opera pe' fini sociali senza comunicazione di rappresentanza nè di personalità, ivi cessa il mandato e incomincia la locazione d'opera, la quale prima era stata soltanto come elemento accessorio o avventizio compenetrata nel mandato. Ecco come sorge spontanea la distinzione tra il mandato proprio de' poteri supremi o subalterni e le locazioni proprie degli uffici utili, cioè tra impiegati diretti rappresentanti, agenti a nome e in persona dello Stato e agenti indiretti semplici prestatori d'opera sia liberale o intellettuale, sia materiale.

### ART. 3. — *Formazione del funzionario pubblico.*

Abbiamo così descritto giuridicamente la natura della funzione pubblica; passiamo a vedere come essa si forma e si esplica nella persona del funzionario.

L'*ammissione* di un funzionario si fa per certi titoli *(condizioni intrinseche)* e in certi modi *(condizioni estrinseche)*. Parliamo prima delle condizioni intrinseche.

La prima di tali condizioni si è la *cittadinanza.*

Ogni cittadino ha diritto di concorrere alle cariche pubbliche, quindi l'eleggibilità è tra' diritti politici ed appartiene alla legge dell'uguaglianza (Statuto, art. 24). Ma è essa condizione necessaria la cittadinanza per l'eleggibilità alle cariche? È vero che la cittadinanza fa presumere l'interesse al bene pubblico, ma perchè sarebbe preclusa allo Stato la facoltà di giovarsi dell'opera d'uno straniero se questa gli avesse a riuscire utile a preferenza di quella de' cittadini? La consuetudine ha risoluto la quistione ammettendo la eleggibilità d'uno straniero come eccezione per le sole funzioni minori e per le tecniche speciali non facilmente reperibili nell'interno anche d'uno Stato, per esempio per gl'insegnamenti superiori, escludendola per tutte le altre.

Ma si domanda inoltre se basti la naturalità per decreto reale detta la piccola naturalità, o sia necessaria la naturalità per nascita o per legge detta la grande naturalità. La legge non decide la quistione.

Ma nel silenzio della legge ci pare doversi distinguere fra le cariche superiori e dirette e gli uffici minori o indiretti e che basti per questi la cittadinanza per decreto, non basti per quelli. E ciò ne persuade la ragione di analogia coll'elettorato attivo al quale basta la piccola naturalità se si tratti di elezioni amministrative (1): laddove si richiede la naturalità per legge alle elezioni politiche (legge elettorale 17 dicembre 1860, art. 1). Quantunque non possa negarsi che tanto l'elettorato politico che l'amministrativo sia da annoverare tra i diritti politici, entrambi essendo una partecipazione del cittadino al reggimento della cosa pubblica; se tuttavolta la legge ritenne più solenne e più grave l'elettorato politico che l'amministrativo, deve medesimamente porsi una grave distinzione

(1) Legge comunale e provinciale, art. 19, comb. coll'art. 10 cod. civile. Come anche può notarsi che la definizione dell'art. 10 C. C. è generale; e che quella dell'art. 11 della legge elettorale politica può quindi esser riguardata come una eccezione. Imperocchè trattandosi d'interesse politico e non civile, si deve ritenere piuttosto come regola quella dell'art. 1 della legge elettorale, a cui consuona la parola *regnicoli* dell'art. 24 dello statuto.

tra le cariche superiori che interessano direttamente la politica dello Stato, e le minori che riguardano la semplice amministrazione. Un prefetto od un sindaco ha troppa relazione con la politica del governo perchè si possa eleggervi uno straniero che per legge non è parte dello Stato, ma solo per graziosa concessione ne ottenne gli onori o ne partecipò certi vantaggi.

La cittadinanza non dà che il diritto in genere di aspirare agli ufficii pubblici. A conseguirli fa duopo la *capacità* necessaria all'ufficio stesso.

La capacità è morale, intellettuale, fisiologica. La capacità morale consiste non solo nella onestà e nella condotta, ma anche nella *reputazione* che si gode dell'una e dell'altra, poichè l'impiegato deve affidare altrui della sua moralità e godere la fiducia pubblica. Quindi la legge medesima talvolta, mediante una forma di pena *sui generis* inflitta dal codice penale per certi titoli (interdizione dai pubblici ufficii), ovvero le leggi e i regolamenti con speciali disposizioni, allontanano dalle carriere pubbliche gl'interdetti o inabilitati, i falliti o decotti sinchè non abbiano soddisfatto interamente ai creditori, i condannati a pene correzionali od a particolari interdizioni durante il tempo dell'espiazione, e i condannati a pene criminali (non riabilitati), e i condannati per furto, frode e attentato ai costumi (1).

È pur quistione delle opinioni religiose e delle politiche. Ed è comune sentenza che niuno dei culti leciti dello Stato possa dare ragione di esclusione o di preferenza nel concorso alle funzioni pubbliche. L'articolo 24 dello statuto non lo consente.

Ma più grave e delicata è la controversia delle opinioni politiche. Noi riteniamo coi più e coi migliori che la coscienza del cittadino sia anche in questo sacra ed inviolabile: che solo le opinioni professate con solenni manifestazioni e con aderenza di parti, e quando siano contrarie all'ordine costituzionale stabilito, generino incapacità o piuttosto inettezza personale, ragione giusta di esclusione, e non a tutti gli ufficii, ma solo ai principali e superiori, dove è necessaria energia di sentimenti e di convinzioni per promuovere il bene pubblico nell'indirizzo che è determinato dalla politica do-

(1) Legge sull'amministrazione centrale 13 novembre 1859. Ordinamento dell'amministrazione centrale e provinciale 20 giugno 1871, n. 323 e 324, serie 2ª. Legge com. e prov. 10 febbraio 1889, art. 30.

minante, e dove il funzionario si troverebbe nell'alternativa indeclinabile di tradire o le sue convinzioni o il proprio mandato.

La capacità intellettuale consiste nella intelligenza e nel complesso delle cognizioni necessarie all'ufficio, quindi è relativa a questo, ed è di varii gradi, di varia intensità e di varie specie secondo gli ufficii. È quindi *generica*, o *scientifica*, o *speciale* secondo che l'ufficio richiede solamente coltura generale, o scientifica, o tecnica determinata. Il grado, la specie, la intensità di coltura è determinata, pe' diversi ordini di ufficii, dai regolamenti, dai programmi ufficiali, e provata caso per caso con esperimenti, come si dirà.

La capacità fisiologica è costituita dall'età e dal sesso. L'età rientra per un lato nella capacità intellettuale, ma dall'altro costituisce ancora la naturale presunzione della maturità fisica al lavoro. E quantunque non sia eguale per tutti lo sviluppo delle forze fisiche, tuttavia la legge non volendo lasciare all'arbitrio il fissare un punto così importante, deve determinare l'età media normale e presuntiva che dia morale certezza di abilità al lavoro. E deve stabilire il minimo e il massimo che comporti un lavoro utile, cioè quel tratto della vita, nè prima nè dopo del quale si presuma efficace l'opera dell'uomo, e innanzi o dopo del quale debba o non ammettersi o dimettersi il funzionario pubblico. E vuole ancora, per ragione amministrativa, che il funzionario non solo sia valido al momento dell'ammissione, ma che dia probabilità di durare tale per molto tempo. Così la nostra legge dispose che non si ammettano neppure a volontari i giovani sotto ai 18 anni, nè superiori ai 30; che il servizio non si calcoli alla pensione se non da' venti anni (1); che il funzionario sia collocato a riposo a' 65, debba esserlo a' 70 anni (2), i magistrati a 75 (ord. giud. 202).

Il sesso maschile era in massima generale richiesto per gli ufficii pubblici, e persino per le professioni liberali, ed è ancora di regola (3). Alla quale però varie eccezioni si son fatte e si fanno, come per i servizi delle poste e dei telegrafi, per l'insegnamento.

---

(1) Legge 14 aprile 1864, n. 1731, sulle pensioni, art. 7. Regolamento sull'amministrazione centrale 23 ottobre 1853, art. 18; citato ordin. dell'amministrazione centrale e provinciale 20 giugno 1871, n. 234, art. 2.

(2) Cit. legge 14 aprile 1864, art. 1.

(3) Legge com. e prov., art. 30.

Qualunque possa essere l'inferiorità fisiologica della donna all'uomo, si riconosce che non può negarlesi la idoneità a talune funzioni, e siccome il sesso non esclude gradi straordinarii di vigore mentale e di carattere, si va facendo strada la opinione che debba lasciarsi alla donna libero campo a provare le sue forze ne' servizii pubblici, almeno in quelli dove alte ragioni di moralità o la indispensabile abbondanza di forze muscolari richieste all'ufficio non vi si oppongano assolutamente, come ad esempio ne' militari.

Veniamo alle condizioni estrinseche. Esse sono la forma o modo di ammissione, e il *giuramento.*

La quistione del modo di ammissione si riduce a questo: trovare il modo migliore onde accertare le condizioni intrinseche.

Varii furono gli espedienti invalsi in uso o escogitati dagli scrittori.

1. La *eredità* e *venalità* degli uffici. È solo una reminiscenza storica, cioè dell'epoca in cui l'ufficio aveva preso anch'esso la forma del feudo, quindi si ereditava e si vendeva come la sovranità feudale medesima. La critica non degna ormai più delle sue censure il vieto sistema.

2. L'*alunnato* o *volontariato.* La idea di fare un tirocinio nella carriera amministrativa, che abiliti il giovane ad esercitarla, lusinga molto alla prima. Ma in pratica v'è questo inconveniente, che, capaci o no, i volontarii e gli alunni finiscono per diventare funzionarii. A temperare questo inconveniente si adoperano le *scale di merito,* e le promozioni si fanno a seconda dei gradi o punti riportati dall'alunno. L'alunnato è praticato presso noi specialmente nelle carriere contenziosa e diplomatica.

3. *Istituti governativi,* ove il giovane si educhi all'ufficio pubblico e sia preferito nella carriera l'alunno ivi educato agli estranei. Partecipa dell' inconveniente dell' alunnato e ne ha un altro, il monopolio della istruzione amministrativa riservato allo Stato, e quindi la libertà del concorso e dell' insegnamento offesa. È adottato presso di noi per certe funzioni speciali e tecniche, come per la milizia e specialmente per le armi dotte (1).

4. L'*elezione popolare,* ossia degl'interessati stessi, più o men larga e diretta. Questo sistema, che vige presso noi per i consigli amministrativi, è applicabile in governi democratici anche agli

---

(1) Tali sono gli istituti militari di Modena, Torino, ecc.

agenti, e fu applicato infatti nelle costituzioni francesi del 1791, dell'anno III e dell'anno VIII. Nelle cariche giudiziarie v'è esempio di elezione fatta non da' comizi popolari, ma da consigli amministrativi locali nella legislazione belga. Ma *costituzionalmente* questo partito non può attuarsi in governi ove l'autorità esecutiva è tutta in mano del monarca. *Amministrativamente* ha gl'inconvenienti delle lungaggini, degl'imbarazzi, delle corruzioni tanto più facili quando si tratti di uffici che maneggiano gli affari e hanno ricompense. Ci pare dunque che ha ragione Mill di combattere questo sistema.

5. *Nomina personale.* Questa è o *diretta*, o per *concorso*. Quella è tacciata d'arbitraria; questa si raccomanda di più alla ragione, al principio della capacità. Ma non le mancano obbiezioni, e gravi: la difficoltà di trovare persone competenti e imparziali per giudicare, la difficoltà estrema di pesare il valore de' candidati, e specialmente il valor morale; la gran differenza tra il valore teorico e il pratico del funzionario; l'essere obbligato lo Stato dall'esito del concorso a scegliere pure tra mediocri; l'alea che vi si mescola per i temperamenti, per l'incontro fortuito de' temi, ecc.; infine l'avere il concorso, per naturale e costante risultato, l'allontanare i migliori che non consentono arrischiare una riputazione stabilita. Ma siccome si tratta di espedienti, ognuno dei quali ha le sue imperfezioni, la pratica può, contemperandoli e adattandoli ai casi, evitarne gl'inconvenienti o attenuarli d'assai. Così nella nostra prassi amministrativa abbiamo il sistema del concorso generalmente ammesso nelle prime ammissioni (d'impiegati nuovi), nelle promozioni quando gli aspiranti sono più e in pari condizione. La nomina diretta è sempre adoperata per gli offici maggiori. Il concorso non si fa solo per *esperimento*, ma anche per *titoli*, o per ambedue le maniere, a seconda del regolamento, e sovente si rimette a scelta del candidato il modo del concorso. L'amministrazione poi negl'impieghi più gravi non si vincola anticipatamente e assolutamente, ma si lascia certa libertà di azione.

La nomina è del Re, come capo dello Stato per lo Statuto. Negli uffici minori la consuetudine permette che deleghi le nomine ai ministri o altri agenti diretti del potere.

Le cose dette valgono per la prima ammessione di un funzionario. Ma ammesso questo una volta, la sua nomina ai gradi ulteriori non si dee fare allo stesso modo, come quella di un estraneo.

La *promozione* o *avanzamento* è un diritto condizionato dell'impiegato, e forma quel che si dice la *carriera* amministrativa. La carriera, come la gerarchia, è composta ordinariamente di categorie divise in gradi, e questi divisi in classi. La promozione si fa per *anzianità* o per *merito*, quella per procurare all'impiegato una sicurezza di migliore avvenire, che è lo stimolo più efficace a ben meritare, e all'amministrazione procacciare ufficiali sperimentati; questo perchè innanzi a ogni presunzione di capacità, che dànno gli anni o l'esperienza, vada la verità e il fatto.

I due modi s'intrecciano in questa forma: chè la promozione si fa per anzianità tra classe e classe nello stesso grado, o tra posti che richiedono mediocre capacità, nel resto si fa per merito, e a merito uguale per anzianità. Il merito poi si prova coll'esame o per titoli, e si potrebbe ancora in altro modo, come sarebbe il sommario dei lavori stessi, che si usa in Francia. Dove poi non son gradi, come tra professori insegnanti, ma solo differenze di soldo, si fa la promozione da soldo a soldo per sola anzianità.

Tra le condizioni estrinseche si suole annoverare il *giuramento*, che si dice amministrativo per distinguerlo dal giuramento politico dei senatori e deputati.

Ma la quistione è la medesima, ed ammette il *pro* e il *contra* medesimi. Il principale degli argomenti contrarii è questo: che il giuramento mentre è inutile per chi non sente la forza del dovere ed è facile ad accomodarsi colla coscienza, serve ad allontanare invece gli onesti che non partecipano in tutto alle idee dell'ordine e della politica dominante, mentre potrebbero, nella propria sfera, rendere utili ed onesti servigi. Ma l'obbiezione risguarda l'applicazione anzichè il principio. Il giuramento amministrativo deve domandarsi a soli quei funzionarii che han che fare colla politica del governo, e nei quali, come sopra dicevamo, richiedendosi certe convinzioni politiche che s'accordino coll'indirizzo generale di governo, è pure lecito esigere una certa solennità di vincolo che sia al di sopra delle tendenze partigiane e si fondi nell'assoluta moralità.

Sta al criterio di chi modera la cosa pubblica il determinare in pratica quali siano codesti funzionari.

## ART. 4. — *Diritti dei funzionarii.*

### § 1. — **Nozioni generali.**

Vedute le condizioni o i modi come si acquista la qualifica di funzionario pubblico, è tempo discorrerne le conseguenze giuridiche, e prima i diritti.

Prima questione che si presenta è questa: il funzionario pubblico ha acquisito un diritto vero alla funzione medesima, al grado, o, come si dice, al posto? La ragione di dubitarne potrebbe essere che l'ufficio, il posto, essendo d'ordine e di diritto pubblico essenzialmente, non sembra che possa spettare ad un privato. Ma richiamando la distinzione sopra esposta è facile rispondere che la funzione comechè di ordine ed anche di diritto pubblico in sè e per ragione dello scopo, può soggettivamente costituire oggetto di una facoltà o di diritto privato, quando la legge concede e garantisce una facoltà a un cittadino sia pure *ob publicam utilitatem*. Certamente il cittadino non ha nessun diritto *antecedente* all'ufficio pubblico, ma solo facoltà (art. 24 Statuto) di aspirarvi alla pari degli altri e di ritenerlo dietro osservanza delle condizioni intrinseche ed estrinseche, ma una volta queste condizioni adempiute, per promessa della legge, la facoltà si trasforma in vero diritto acquisito sopra o verso l'oggetto, ossia quel complesso di effetti onorifici ed utili che sono annessi al posto.

Ma è un tal diritto guarentito da sanzioni di diritto pubblico o anche di diritto privato? Dà luogo a mero procedimento amministrativo, o anche a un procedimento giudiziario? Le nozioni su esposte risolvono tale questione. Essendo la funzione pubblica di diritto civile speciale, per la quale partecipa al diritto pubblico e al privato, ne segue che essa ha con sè la garantia, da un lato, de' regolamenti e delle leggi speciali, dall'altro, di un'azione giudiziaria, secondo gli effetti; cioè per gli effetti di gius singolare, rimessi alla discrezione dell'autorità amministrativa, avrà il reclamo; per gli effetti di diritto comune o non riservati per diritto singolare ad altra autorità, avrà l'azione giudiziaria. Così per le promozioni od altre ricompense che si dànno per merito, e similmente per le pene disciplinari inflitte per demeriti, di cui è riservato il giudizio all'autorità amministrativa, e per lo stesso

possesso ed esercizio reale della carica di funzionario che si sente offeso nel suo diritto non potrà che reclamare presso l'autorità superiore. Ma se la ricompensa o la promozione gli venga negata, quando sussistono o sono fuori di controversia le condizioni tracciate dalla legge o dal regolamento, o inflitta una pena fuori di tali condizioni, e così sia manifestamente violata la legge del contratto che intercede tra l'amministrazione o l'impiegato, questi avrà, oltre il reclamo, anche l'azione.

Comunemente nel linguaggio degli autori e della legislazione si dice che nel primo dei due casi divisati non v'è diritto offeso, e si dice esservi diritto solo quando vi è azione giudiziaria; in altri termini, non si chiama diritto il diritto pubblico singolare. A noi non pare esatto nè prudente questo linguaggio. Anche nel regno della pura e discrezionale amministrazione il diritto ha luogo e non se ne deve sbandire; v'ha un diritto, ossia una giustizia commutativa ed una distributiva, espletrice ed attributrice, vecchi termini che denotano una distinzione sempre vera. Anche il distribuire con equità i premii e le ricompense, l'apprezzare al vero i meriti e i demeriti, è còmpito della giustizia, la giustizia nell'amministrazione. L'abolire queste parole è lo stesso che dare ansa all'arbitrio e il far credere a chi ha il potere, che tutto possa fare dal momento che non può esser tratto in giudizio.

Anche qui ricorre l'applicazione di un concetto sopra accennato. Il diritto di eccezione deve essere preso strettamente e pel resto deve rientrare tutto nel diritto comune. Il *gius singulare* esige che l'autorità amministrativa sia libera nei suoi apprezzamenti in un certo ordine di fatti. Ciò vuol dire che al diritto dell'impiegato si toglie la garanzia giudiziaria, ma non significa che si toglie il diritto. Il diritto è stabilito dalla promessa della legge e dalla condizione adempiuta. Il verificare la condizione adempita è garanzia esterna del diritto, non il diritto stesso. E ciò è bene sappiano gli amministratori pubblici e le autorità d'ogni genere, che in tutti gli atti che diconsi discrezionali, ogni arbitrario apprezzamento, ogni abuso dell'autorità, sia verso i funzionari subalterni, sia verso i cittadini interessati, è una vera ingiustizia non punto diversa in sostanza dalla violazione o infrazione di un diritto.

Se la legge ha ristretto il senso della parola diritto ai casi di un diritto civile o politico determinato in tutte le sue condizioni, comune e quindi esercitabile avanti l'autorità giudiziaria, questo

senso puramente tecnico di linguaggio non altera il vero e scientifico senso della parola diritto che è assai più largo, e cioè abbraccia ogni facoltà cui risponde un dovere e cui è annessa una esterna garanzia.

Ma il diritto del funzionario pubblico a quale delle somme categorie enumerate nel diritto appartiene? Emanando da un contratto, sia di locazione d'opera, sia di mandato, non v'ha dubbio che ne sorga un rapporto personale tra l'amministrazione e il funzionario per tutti gli effetti di prestazione d'opera a favor di quella, di prestazione dello stipendio e di tutti gli altri effetti utili per parte di questo. E siccome le azioni personali che *in faciendo consistunt* si risolvono per loro natura nell'indennità, quando la parte obbligata a fare si ricusa: ne segue che l'obbligazione del funzionario a prestar l'opera, e dell'amministrazione a ricevere e mantenere il funzionario nell'esercizio delle funzioni, si dovrebbe risolvere, in caso del suo rifiuto, nella condanna alla indennità.

Potrebbe anche domandarsi se, oltre il diritto personale, il funzionario acquisti una ragione reale sul posto. Certamente che la funzione pubblica non consistendo in un atto isolato e transitorio, ma in tutto un ordine di atti relativi ad uno scopo, ed avendo con sè annesse, oltre i diritti utili, anche onorificenze, ciò che dicesi *grado*, forma una posizione sociale e giuridica, una condizione, uno stato. E come pel ricupero o per la conservazione della condizione e dello stato familiare o civile si dànno azioni d'indole reale, *in rem* o *in rem scriptae*, come le *praejudiciales in rem actiones* del diritto romano; così la ragione del diritto non si oppone di per sè che anche i *posti* ufficiali possano essere oggetto di azioni reali, sia petitorie, sia possessorie, e trattarsi coll'analogia di queste. Con questo intendimento però, che se l'azione abbia ad intentarsi contro la stessa amministrazione pubblica, dal cui fatto volontario dipendesse quell'esercizio della funzione in cui consiste appunto il possesso, anche quest'azione non si potrebbe risolvere per sua natura che in una condanna all'indennità (1).

(1) Corte di appello di Bologna, causa Ramenghi, ministero della istruzione pubblica, 14 dicembre 1869 (*Annali*, 1869, p. II, pag. 422).

### § 2. — Durata della funzione pubblica.

Premesse queste nozioni generali, veniamo a' più importanti dei diritti del funzionario pubblico.

E prima si domanda: Quale è la durata del suo diritto? È l'ufficio pubblico perpetuo o temporaneo? stabile o precario? E qui conviene distinguere la perpetuità o la stabilità *amministrativa* dalla *giuridica*, la inamovibilità di grado e quella di grado e posto. Amministrativamente l'ufficio deve essere stabile e perpetuo o temporaneo secondochè esso sia tale che debba per sua natura adattarsi o no alle oscillazioni della politica e alla volontà popolare variabile. Quindi nell'amministrazione centrale, ove la elasticità dell'indirizzo amministrativo è garantita dalla periodicità dei comizi generali, e dalla revocabilità delle supreme cariche politico-amministrative, quali i ministri e i prefetti, tranne queste tutte le altre funzioni subalterne hanno ad essere stabili e permanenti, salvo solo le condizioni e gli accidentali modi di cessazione di cui vedremo. Similmente nell'amministrazione locale i consigli elettivi e le cariche amministrative, presso cui sta l'alta direzione di essa amministrazione, debbono rinnovarsi in un periodo che rappresenti, in una media ordinaria e approssimativa, il naturale rinnovamento della volontà popolare. Al contrario gli agenti ausiliari debbono anch'essi, come nell'amministrazione centrale, così nella locale conservarsi stabilmente ed in perpetuo, perchè conservino il più possibile la tradizione amministrativa, e coll'esperienza acquistino sempre maggiore intelligenza e pratica delle cose amministrative, salvo facoltà all'amministrazione di rivocarli o per ragioni di servizio, o per ragioni relative agl'impiegati medesimi.

In regola generale pertanto, e salvo gli uffici supremi e a contatto della suprema volontà popolare moderatrice, che debbono essere o periodicamente rinnovabili o amovibili al cambiar di casi e di condizioni politiche, l'interesse pubblico esige la stabilità delle funzioni, la quale diviene scuola al funzionario medesimo, lo affeziona all'amministrazione, lo immedesima con essa. In Inghilterra, dove non c'è inamovibilità di diritto, la stabilità per consuetudine è tale che non si conta se non un caso di congedo d'un basso impiegato, caso che levò il più alto rumore.

Lo esige ancora la equità verso i funzionarii medesimi, la quale non soffre che uomini intelligenti, dopo aver rinunciato alle più lucrose carriere dei commerci, delle industrie, delle professioni liberali, per consecrarsi al servizio dell'amministrazione della cosa pubblica, sian poi da questa abbandonati in un'età forse in cui essi non son più capaci di rifarsi una posizione novella e si trovin mancanti di risparmi e di capitali accumulati da poterci vivere.

Nulla di meno non è da ignorare che la stabilità e perpetuità vitalizia dell'ufficio non è il solo ed unico sistema adottato o adottabile. Avvi per contro chi vagheggia la temporaneità generale delle cariche, perchè gli uffici non debbono essere una professione di alcuni, ma un dovere civico comune, al quale tutti debbono volta a volta partecipare, perchè le carriere stabili dell'impiego anneghittiscono gli uomini nella sicurezza di un pane, sia pur modesto, e li distolgono dalle più proficue, più operose e più importanti carriere del lavoro libero.

Certo la temporaneità degli impieghi sarebbe una conseguenza necessaria della loro gratuità. Ma in paesi e con costumi, come gli italiani d'oggi, non è più possibile la prima che la seconda, per quanto si possano immaginare ingegnosi trovati per applicarle in modo da non interrompere la continuità delle funzioni, facendo che non si rinnuovi la gerarchia all'epoca stabilita se non parzialmente.

Esaminando ora la funzione pubblica sotto il rapporto del tempo dall'aspetto giuridico, si deve concludere che non è perpetua e stabile, ma temporanea e precaria, ciò peraltro in massima, e salvo la inamovibilità di grado e luogo pei professori, e di grado pei magistrati, che sono inamovibili tranne per demeriti constatati con forme e giudizio. La temporaneità in massima poi discende in prima dalla natura stessa della funzione e dalla legge di ordine pubblico, alla quale non può l'amministrazione, neppure volendo, validamente rinunciare (1). Discende ancora dal concetto sopra stabilito, sia del mandato in alcuni uffici, sia della locazione d'opera in altri. Del mandato non è questione, come di sua natura precario e revocabile. Quanto alla locazione d'opera, benchè essa di natura ammetta una durata certa, non mai però perpetua, ritenendosi ciò contrario alla libertà della persona (arg. art. 1628 codice

(1) Legge comunale, art. 111, n. 2. Corte cass. Napoli, 21 marzo 1876 (*Annali*, 1876, 1, 363).

civ.); tuttavia essa durata non può essere determinata che da patto espresso, e quando questo non c'è, entrano le presunzioni tolte sia dalla consuetudine, sia dalla corrisposta (arg. art. 1607 e 1608 cod. civ.), con presunzione inoltre di rinnovamento in caso di non data licenza (art. 1609, 1610, 1623 cod. civ.). Quando adunque i regolamenti o i capitoli speciali non fissano durata o non prescrivono condizioni restrittive all'amministrazione nel congedo degli impiegati, rimane che, come da una parte il funzionario può togliere commiato a suo beneplacito, così possa l'amministrazione dargli congedo, salvo quel tempo che risulta dalla presunzione o dalla consuetudine dell'amministrazione stessa, o dal periodo al quale lo stipendio si misura, cioè dalla mensualità, essendo generalmente gli stipendi mensili, benchè per ragioni di amministrazione si calcolino sui bilanci ad anno in corrispondenza ai posti. E siccome dal lato di chi deve ricever l'opera, ossia del committente, l'obbligazione non può risolversi che nell'interesse (1); così anche l'amministrazione potrà congedare quando voglia il suo funzionario, salvo a lui lo stipendio di un mese od altro che la consuetudine gli attribuisca. In un caso fu stabilito un anno (2). E il medesimo deve dirsi anche allorquando si fosse in regolamento o patto espresso convenuto un termine; l'obbligo in questo caso si estenderebbe allo stipendio ed altri emolumenti accessorii, se vi fossero, per tutto il periodo stipulato (3).

Ma i regolamenti che prescrivono norme alle rivocazioni, dispense dagli uffici, destituzioni, disponibilità, aspettative, ai congedi degli impiegati, sono prescrittive di durata e quindi giuridicamente obbligatorie per l'amministrazione almeno per gli effetti civili favorevoli agl'impiegati? Fu giudicato che, tranne il caso di inamovibilità dichiarata e di determinazione di tempo, quelle norme non siano obbligatorie, ma solo morali, fatte per reprimere gli abusi dei superiori, e dettate nell'interesse dell'amministrazione stessa,

---

(1) L. 13, § 1, *De re jud.;* L. 14, C. *De sent.;* § 32, *Inst. de act.* e art. 1641 codice civile.

(2) C. Bologna, cit. causa Ramenghi. Il medesimo fu stabilito nelle cause comune di Roma e Viviani, comune di Nerola e Cremisini, avanti il tribunale civile e la corte d'appello di Roma.

(3) C. C. Napoli (*Annali,* 1876, I, 363); C. A. di Lucca, 6 luglio 1876 (*Annali*, II, 426).

non produttive di diritto quesito agl'impiegati (1). Ma ci pare assai dubbia la giustizia di tali giudicati quando i regolamenti stessi non provvedano, come si fa p. e. col sistema delle *disponibilità*, *aspettative, dispense dall'ufficio*, ecc.

## § 3. — Stipendio.

Dopo aver detto dei diritti del funzionario pubblico in generale, veniamo a parlare de' singoli principali diritti e doveri, il complesso dei quali è ciò che dicesi *stato degl'impiegati*. E prima di tutto dello stipendio.

Lo *stipendio* è una somma fissa e periodica che si paga dall'amministrazione al funzionario in rimunerazione dell'opera sua.

È questa dello stipendio una quistione complessa di riguardi economici, morali, giuridici, politici, perchè lo stipendio rientra nella quistione dei salari, domanda l'applicazione dei principii di equità e di giustizia, e la sua misura interessa l'equilibrio delle finanze dello Stato e il buon andamento di tutta la macchina governativa.

Tre sistemi possono immaginarsi: o che l'ufficio pubblico sia gratuito, o che sia rimunerato dai cittadini stessi in occasione de' servigi che l'ufficiale rende loro, o che sia retribuito dallo Stato. Raramente in pratica si trova un solo di essi sistemi esclusivamente in vigore; comunemente domina un sistema misto con prevalenza di uno di essi. Così in Inghilterra prevale la regola della gratuità, e ciò dipende dalla tradizione storica, dalle abitudini, dal censo de' cittadini ricco e frequente, dal predominio del governo locale. In Francia e in Italia sono gratuite le funzioni di rappresentanza diretta, cioè legislativa (e in Francia neppur lo furono sempre), e le funzioni dei consigli amministrativi locali ed anche attivi elettivi, p. e. i sindaci, perchè, temporanee come sono, obbligatorie e limitate nel tempo e nella intensità loro, fanno possibile e conveniente l'applicazione del pieno principio del dovere civico. Ma nelle altre cariche e negli altri uffici, sia dell'amministrazione generale, sia della locale, è manifestamente ammessa la rimunerazione per ragioni che sono l'opposto di quelle che militano pel sistema inglese.

(1) C. C. Torino, 12 febbraio 1869; C. C. Torino, 14 aprile 1869; C. A. Milano, 30 luglio 1868; C. A. Firenze, 9 marzo 1869; C. A. Bologna, 4 dicembre 1869 e 29 aprile 1871. Bonasi, *Della respons.*, n. 342 e seg. a 350.

Di regola poi la rimunerazione è a carico non dei privati, ma dello Stato. il che è logica conseguenza della natura della funzione pubblica, ed è voluto dalle convenienze morali per escludere lo spirito di venalità e i pericoli di corruzione, e rendere più imparziale ed indipendente l'amministratore pubblico. Si eccettuano alcune retribuzioni che non ammettono tali ragioni, ed escludono il pericolo, perchè han luogo in certi casi ove il servigio dell'ufficiale pubblico ha un carattere d'individualità, come certi servigi dei cancellieri dei tribunali e dei segretari comunali.

Oltre allo stipendio fisso, ai diritti eventuali accessori, può formare parte della ricompensa un'indennità straordinaria e speciale di spesa che s'incontra per causa del pubblico servizio. Tali sono le *spese di rappresentanza*, le *indennità di viaggio, di alloggio*, ecc. (1).

È canone di sapienza amministrativa che tali straordinarie ricompense o indennità, ove non possano per equità e giustizia evitarsi, siano ristrette nei più angusti limiti che sia possibile, come ogni incognito e incerto che grava il bilancio della pubblica amministrazione.

Lo stipendio deve essere una somma fissa. Il sistema di retribuire secondo il merito dell'opera, bello in astratto e rispondente al principio della capacità e allo scopo di stimolare l'attività dell'impiegato, sarebbe imbarazzante per la *finanza*, perchè incerto, e sarebbe impossibile nella pratica per la difficoltà di commisurare o pesare il merito dell'opera, nè raggiungerebbe lo scopo di dare al funzionario la sicurezza della sua sussistenza.

Ma quale sarà la sua misura? La idea della uniformità e parificazione assoluta degli stipendi ripugna alla disparità intrinseca degli uffici, allo scopo della carriera, alla diversità soggettiva dei funzionari e alla gradazione dei bisogni nelle diverse età della vita di un funzionario medesimo.

Ma dovrà essere commisurato lo stipendio alle condizioni fisiche, intellettuali e morali del funzionario, e al grado di capacità o allo sforzo richiesto dall'ufficio? Pensando che la fatica più logorante della vita è quella dell'intelletto e che la capacità intellettuale è quella che ad acquistarsi richiede il maggior tempo, sforzo e dispendio, e reca con sè sempre per sua natura una maggior respon-

---

(1) R. D. 14 settembre 1862. R. D. 21 maggio 1863, 18 dicembre 1864.

sabilità, e che in proporzione della elevazione dell'intelletto e della cultura aumentano ancora i bisogni morali e fisici: non sembra da richiamare in dubbio, che alla intelligenza e alla cultura e alla responsabilità richiesta dall'ufficio deve corrispondere proporzionatamente il saggio dello stipendio e quindi deve esservi la scala degli stipendi corrispondente ai gradi della gerarchia, essendo di regola i gradi superiori quelli che richiedono maggiore intelligenza, cultura e responsabilità, e minore via via gli altri.

Ma non basta che lo stipendio sia *proporzionale:* deve essere sempre *sufficiente.* È questo il più grave dei problemi economici e il più fecondo di buone e tristi conseguenze nell'amministrazione istessa e nella società secondo la sua retta soluzione.

Benchè la *sufficienza* sia relativa alle condizioni individuali, di ordine fisico, morale e intellettuale dell'uomo, tuttavia è necessario che il saggio dei salari sia costantemente tale che assicuri la vita del funzionario e delle famiglie nelle sue normali condizioni; quindi la conseguenza che esso debba gradatamente aumentare in ragione delle condizioni ecònomiche della società, specialmente del progresso nei prezzi delle sostanze alimentari e delle cose necessarie alla vita.

## § 4. — Pensioni.

Complemento dello stipendio è la *pensione,* cioè quella prestazione fissa che è retribuita al funzionario in riposo o dopo morto alla sua famiglia, a carico dell'amministrazione pubblica.

Essa è *di grazia* se emana da largizione semplice, sia legge speciale come nei governi costituzionali, sia rescritto sovrano, come si dava nei governi dispotici: o *di giustizia* se emana da legge generale.

La vasta e non facile materia delle pensioni comprende i seguenti punti: la ragione della pensione, la sua natura giuridica, i metodi o sistemi, le condizioni e i termini ne' quali si concede, la misura, le persone cui spetta, i modi con cui si perde, i privilegi di cui gode, la competenza a giudicarne. Di questi varii punti noi, secondo il nostro istituto, non potremo dare che sommi elementari principii (1).

---

(1) V. Ducrocq, II, § 286 e seg.

La *ragione* della pensione è quella stessa dello stipendio: dare al funzionario la sicurezza che gli è necessaria per affezionarlo alla cosa pubblica e renderlo alacre al lavoro, sulla sorte tanto sua quando sarà vecchio o inabile, quanto della sua famiglia quando sarà morto, e un compenso altresì del monopolio che ha avuto lo Stato dell'opera sua. Dal lato dell'amministrazione v'ha una ragione di decoro, non potendo lo Stato rimanere indifferente alla miseria di chi lo ha servito e di chi ebbe con lui indivisibile la sorte. Tali ragioni tanto valgono presso alcuni da indurli a considerare la pensione come un debito dello Stato, e non di solo diritto positivo, ma razionale. Tale fu considerata, per esempio, dalla costituente francese.

Si argomenta, d'altra parte, contro questo istituto dalla ragione giuridica, morale, economica: che essa è fuori degli obblighi dello Stato, il quale, soddisfatto lo stipendio, ha compiuto il suo dovere: che spetta al funzionario il risparmio sullo stipendio e la cura di *capitalizzare,* come fa ogni altro sopra i prodotti della propria industria: che esce affatto dalla cerchia delle naturali funzioni dello Stato, e ne aggrava indebitamente la sostanza il mischiarsi negli interessi dei proprii funzionari, o il far loro da tutore ed economo: che ciò abbassa la dignità dell'uomo, ne spegne l'energia, disabituandolo dal risparmio e svogliandolo dalle abitudini morali della astinenza, della preveggenza e della sobrietà: non raggiungere questa istituzione lo scopo che si prefigge, perocchè o provvede pienamente e incondizionatamente a tutti i casi, e ciò riesce intollerabile all'erario pubblico, o limita la pensione a certa lieve misura, a certi casi, qualità e durata di servizio, e rende dispari le condizioni dei funzionari o delle loro famiglie, lasciandone molti con eguale suo disdoro sul lastrico: che infine per quelli stessi cui provvede riesce il più delle volte scarso, e talvolta effimero, il soccorso della pensione, non solo perchè rende loro da una mano quel tanto che con ritenute ha tolto loro dall'altra, ma perchè il saggio della pensione riesce per sè magrissimo ed insufficiente senza poi dire che quando all'impiegato non basti la vita o la lena a compiere il tempo o raggiungere le altre condizioni prescritte, esso ha dovuto sacrificare alla cassa delle pensioni una parte del suo salario senza riceverne un sussidio di sorta.

Non ostante tutte queste considerazioni, il sistema della pensione vige in quasi tutti gli Stati. Evidentemente una ragione di equità

trionfa su tutte le considerazioni di altro ordine che possano con fondamento elevarsi.

La facilità con cui può lo Stato, con poco sacrificio dei singoli funzionari, farsi autore e promotore di una società di assicurazione mutua per provvedere ai bisogni loro e delle loro famiglie, e risparmiare a sè uno stipendio e molestie ben più gravi se dovesse lasciare agl'impiegati stessi il pensiero di formarsi col risparmio un capitale con che campare la vecchiaia loro e le loro famiglie, è la ragione che sostenta principalmente l'istituto delle pensioni. Ma raggiunge lo Stato coll'attuale sistema codesto scopo? È logico che l'impiegato che servì solo ventiquattro anni ed undici mesi sia abbandonato egli e la famiglia, e pensionato chi servì un mese di più? Che la figlia innutta perda la pensione a 21 anni, cioè quando più ha bisogno? Basta enunciare tali quistioni per convincersi che a molte delle accennate obbiezioni è il sistema attuale che dà causa, non l'istituto per sè medesimo.

*Natura giuridica della pensione.* — Certo però non potrebbe alla pensione mai riconoscersi la qualità giuridica di un credito, almeno antecedente a concessione della legge positiva. Le ragioni che ispirano l'istituto sono tutte d'ordine morale ed anche economico e politico, non giuridico. Come l'opera del funzionario è personale, personale ne deve essere la ricompensa. L'indole del rapporto giuridico, sia mandato, sia locazione d'opera, esclude ogni idea di ricompensa pel tempo in cui l'impiegato non presta più servizio, o per la moglie o i figliuoli suoi. La stessa *ritenuta* che generalmente si esige come condizione della pensione, prova che non è dovuta per sè, ma per un *post-fatto.* Però, promessa per legge positiva, regolamento, o capitolato, è debito, *ex pacto* se dipende da una convenzione, *ex lege* se dipende da legge (1).

Ma quando è che se ne acquista il diritto? Giusta i principii generali, e muovendo dalla figura contrattuale, si dovrebbe dire che si acquista al momento della nomina, però virtualmente e condizionalmente, onde il diritto non sarà *definitivamente* acquistato se non verificandosi le condizioni. Le quali essendo il servizio prestato e il collocamento a riposo, l'acquisto definitivo sarà a quest'ultimo momento (2), pel principio enunciato dal Bartolo (*ad leg.*

---

(1) Corte dei conti, 16 febbraio 1866 (*Legge,* VI, 83),

(2) C. A. Lucca, comune di Pisa e Tolomei (*Foro ital.,* XVI, I, 41) e GABBA in nota.

*8, ff. de just. et jur.)* e dal Bianchi *(Cors. elem. di cod. civ., noz. prel. § 4, n. 107)*.

Però, la condizione retrotraendosi, il diritto per gli effetti suoi si riporta al contratto, cioè alla nomina. Da che non segue però che, variando poi il regolamento allora imperante, non possa variare la misura della pensione, perocchè la variabilità del regolamento, come necessità di diritto pubblico, è condizione insita nel contratto. Onde segue, a mio giudicio, che la misura della pensione dev'essere quale è quella determinata dai regolamenti vigenti nei varii periodi del servizio prestato, essendochè la pensione, come supplemento dello stipendio, si deve commisurare al servizio di cui è corrispettivo (1). Tali sarebbero i principii da applicarsi nel silenzio della legge, eccetto che questa o il regolamento sian tali da escludere qualunque diritto quesito, salvo rimanendo sempre al funzionario, variando in peggio il regolamento, e così le condizioni del contratto, risolverlo. La legge però del 1864, per gl'impiegati che alla promulgazione della medesima avessero ottenuto il collocamento a riposo o avessero il diritto ad ottenerlo, nella differenza tra essa legge e le anteriori cui prima furono sottoposti, accorda loro il diritto di opzione (2).

Nel silenzio della legge o del patto, la pensione non sarebbe mai dovuta, nè potrebbe esigersi in virtù di analogia o di principii generali. Quindi nelle amministrazioni provinciali, comunali o degli istituti semipubblici non è dovuta pensione se non sia da regolamento speciale sancita.

*Metodi e sistemi.* — All'intento di assicurare al funzionario un assegno di riposo, non ci sono che due vie: o affidare questo ufficio ad un'istituzione privata, ad una società o ad una banca obbligando gl'impiegati a rilasciarle il premio necessario, o assumere questo ufficio l'amministrazione medesima. Il primo sistema sarebbe vantaggioso all'amministrazione, liberandola dalle cure e dal dispendio necessario a questo servigio, il secondo ha pel funzionario il vantaggio di una maggiore sicurezza e di minor sacrificio, e per

---

(1) *Contra* la cit. C. A. Lucca, che applicò invece la misura dell'ultimo regolamento per tutto il tempo dell'opera prestata. Anche in questo senso sono le decisioni della Corte dei conti 10 febbraio 1866 e 15 febbraio 1867 (*Legge*, VI, 33; VIII, 83).

(2) Legge 14 aprile 1864, art. 39.

l'amministrazione quello di evitare la responsabilità almen morale che le deriverebbe nel caso di rischio o di rovina commerciale dello stabilimento cui fosse stato affidato quel servizio.

Le *condizioni* per conseguire la pensione sono stabilite dal titolo, cioè dal capitolato ossia dalla convenzione, ovvero da legge o regolamento legittimo, e tutte insieme debbono verificarsi perchè il diritto alla pensione si verifichi (1).

Esse sono:

1) Essere ammesso all'impiego con titolo regolare (2).

2) Il *collocamento a riposo* pel funzionario o la morte di esso per la famiglia.

Il collocamento a riposo si dà dall'autorità competente con certe forme e condizioni di età, di servigio, d'infermità, e cioè o per età avanzata (presso noi 65 anni) o per un dato tempo di servizio (40 anni), o per infermità contratte in causa di servizio, purchè le condizioni di età e d'infermità siano congiunte ad un certo tempo del servizio stesso (25 anni) o alla dispensa per soppressione di posto (art. 4).

3) Altra condizione è la *ritenuta*. Se però essa fu omessa non per fatto dell'impiegato, ma dell'amministrazione, non cessa la pensione salvo il diritto dell'amministrazione stessa al rimborso per le ritenute non fatte (3), e purchè la leggè vigente all'epoca di queste ammettesse il diritto alla pensione (4).

Il servizio dev'essere *effettivo* (5), non interrotto, salvo il ricongiungimento de' servizi ammesso dalla legge (6), e valutato per l'effetto della pensione dalla legge vigente all'epoca del servizio stesso prestato (7) o della legge posteriore se opti per essa l'impiegato (8).

---

(1) Corte conti 21 giugno 1870 (*Legge*, XII, 140). Vedi in tutto la legge organica 14 aprile 1864, n. 1735 e la L. 15 giugno 1893 e infine il testo unico 21 febbraio 1895, n. 70. Per la insequestrabilità v. L. 26 luglio 1888, n. 5579.

(2) Cit. legge, art. 7; Corte conti 27 marzo 1869 (*Legge*, IX, 347).

(3) Corte conti 30 ottobre 1866 (*Legge*, VII, 20); id., 21 giugno 1867 *Legge*, VII, 235 e XII, 208), 30 novembre 1866 (ivi VII, 13); 23 settembre 1869 (ivi X, 26); 12 maggio 1870 (ivi X, 279).

(4) Id. 31 dicembre 1856 e 22 marzo 1870 (*Legge*, XII, 208). Vedi causa Filippi.

(5) Corte de' conti 6 nov. 1867 (*Legge*, IX, 31); 22 agosto 1870 (*Legge*, XII, 254).

(6) Cit. legge, art. 11, 12, 13.

(7) Corte conti 6 aprile 1866 (*Legge*, VI, 284); d. L. art. 39, 40, 41.

(8) D. L. art. 39. Corte conti 20 aprile 1865 (*Legge*, XIII, 127).

La legge attribuisce come si disse all'impiegato il diritto di optare per la legge con cui voglia gli sia liquidata la pensione: s'intende per quella delle leggi che ebbero vigore in tutta l'epoca dall'ammissione al collocamento a riposo.

L'opzione però dev'esser fatta una volta sola per intero e non possono cumularsi i vantaggi goduti sotto leggi diverse (1).

Il termine da cui decorre la pensione è il giorno in cui si verifica l'ultima condizione, quando *peti potest,* quando *dies venit,* cioè del collocamento a riposo, o anche prima, cioè il giorno in cui cessa lo stipendio e l'assegno, e non già quello della liquidazione. Per la vedova e gli orfani il termine è il giorno successivo alla morte dell'impiegato (2).

Per l'inabilità dell'impiegato o per la sua morte dopo un servizio non minore di 25 anni ma maggiore di 10 si dà un'indennità corrispondente a tanti dodicesimi dell'ultimo stipendio quanti sono gli anni di servizio sulle prime 2000 lire, e a tanti diciottesimi sulla rimanente somma (3).

*Misura.* — Nella misura della pensione conviene guardare alla base, al limite, all'aliquota.

La base è lo stipendio vero effettivo (4) che godeva il funzionario, tranne se una disposizione speciale (5) stabilisca altrimenti. Vi si calcolano però oltre lo stipendio anche gli altri emolumenti che ne tengono luogo (6) purchè sottoposti a ritenuta (7). Se più e varii furono gli stipendi, si prende o la media assoluta o la media d'un ultimo periodo, come presso noi dell'ultimo triennio di servizio effettivo (8).

Il limite è o *massimo* o *minimo.* Il limite massimo è *assoluto*

---

(1) Corte conti (*Legge,* v, 178; xiii, 128, 143; vi, xiii, 128; x, 228).

(2) Cit. legge 14 aprile 1864, n. 1731, art. 28; Corte conti, 11 novembre 1865; 12 aprile 1866; 14 giugno 1866; 30 aprile 1870 (*Legge,* vi, 37; x, 176; xii, 114).

(3) Legge 14 aprile 1864, art. 3, 22; Corte conti 29 febbraio 1864 e 12 ottobre 1869 (*Legge,* xii, 208; xiv, 191).

(4) Corte conti 30 dicembre 1865 e 14 gennaio 1870 e 10 ottobre 1866 (*Legge,* vi, 53; xii, 208; xiv, 158; xii, 6).

(5) Corte conti 16 marzo 1866 (*Legge,* vi, 175).

(6) D. legge art. 22.

(7) Corte conti 20 e 27 marzo 1866 (*Legge,* vi, 220, 253).

(8) Legge 14 aprile 1864, art. 14; Corte conti 31 gennaio 1866 e 12 dic. 1868 (*Legge,* xiii, 159).

e *relativo*. Niuna pensione può superare le 8000 lire. Niuno può avere a pensione più di quattro quinti del proprio soldo.

Il limite minimo è nella legge italiana 150 lire.

L'aliquota è proporzionale ai soldi. Nella nostra legge è un quarantesimo sulle prime 2000 lire, un sessantesimo sul resto.

*La pensione per la vedova e pei figli* si misura sulla base reale o ipotetica della pensione dell'impiegato, e l'*aliquota* è il terzo di questa, la metà in caso di morte per causa di servizio. In altri sistemi varia secondo il numero dei componenti la famiglia. Se nasce conflitto di leggi o quistioni di retroattività sulla misura, fu deciso che si dee guardare alla legge del momento di cessazione dal servizio, come quella in cui il diritto si *purifica* (1), benchè anche per la misura si dovrebbe piuttosto secondo i principii generali mirare alla legge vigente al tempo del prestato servizio, che è il vero titolo di acquisto o condizione essenziale del diritto, la cessazione essendo soltanto il termine o al più una condizione accidentale per la quale il diritto si purifica (2). La legge ammette, come si disse, la *opzione*.

*A cui spetta la pensione.* — In quanto alle persone cui la pensione spetta, essa compete all'impiegato (e dicesi allora anche *giubilazione*), alla vedova e ai figli.

Il diritto della famiglia alla pensione è combattuto da alcuni con speciali argomenti o piuttosto è impugnato coi medesimi argomenti onde è impugnato l'istituto in genere, rincalzati dalla considerazione che i doveri ed obblighi tra Stato e impiegato si debbono circoscrivere tutti alle persone medesime contraenti e non estenderli ad altre. È facile il prevenire la risposta. Ed è che la vedova e i figli sono parte complementare della vita morale, giuridica, sociale del padre di famiglia.

Ma a conseguire la pensione la vedova deve essere stata moglie legittima, non legalmente separata, e dev'essere stata due anni in matrimonio, o averne prole, quando il padre non fosse morto per

(1) Corte conti 25 giugno 1866; 15 febbraio 1867 (*Legge*, XIII, 144).

(2) Ricorre anche qui la triplice ipotesi del diritto quesito. E si può rispondere che se la pensione è dovuta solo *ex lege*, si acquista purificate le condizioni del servizio prestato o del collocamento a riposo, L. 5 D. *de cond. inst.*, L. 119, *de V. O.:* se viene poi *ex contractu*, colla legge d'ammissione, salvo retroattività *in favorem*. La legge (art. 39) dà l'opzione.

causa di servizio. I figli debbono esser minori, minori e non maritate le figlie.

Cade qui la quistione se il diritto della vedova e dei figli alla pensione sia un diritto proprio di essi o ereditario *ex capite patris*.

L'importanza di essa quistione sta nel menare a decidere se il credito per pensione della vedova o de' figli sia o no compensabile co' debiti che il funzionario avesse coll'amministrazione. E, visto che la pensione non si concede alla famiglia se non pel servizio prestato dal padre, e *contemplatione patris,* e rappresenta quel tanto di meno che si pagò a lui di ricompensa e che accumulato formasse una rendita e quasi un patrimonio stabile e vitalizio per esso e per la famiglia, parrebbe doversi concludere essere un credito ereditario proveniente dal patrimonio del defunto (1).

Ma ci sembra tuttavia da risolvere il contrario (2). La pensione della famiglia non può infatti dirsi dell'impiegato, perchè non è dovuta che alla sua morte; quindi non fu mai nel suo patrimonio. Nè potrebbe dirsi che il diritto è dell'impiegato sin dal momento dell'ammissione, benchè sia sospeso da condizione, perchè essa condizione si verifica, per la famiglia, dopo la morte dell'impiegato e a favore di essa: come se stipulo: *hæredibus meis post mortem meam dari* non è un diritto ereditario. È dovuta alla vedova ed ai figliuoli non in quanto eredi ed anche se non eredi o ricusanti la eredità. D'altronde non è nuovo in diritto che possa il figlio ottenere de' beni *contemplatione patris,* e per servigi prestati o prezzo dato dal padre e tuttavia la proprietà o il diritto essere del figlio in proprio; esempio, le enfiteusi pattizie ed ogni altra utilità che il padre stipuli per sè e suoi. Il caso dell'art. 1128 del codice civile è quello di maggiore analogia.

Nè reggerebbe il paragone del peculio profetizio che dato o lasciato al figlio, e *re patris* o *contemplatione patris,* spetta in proprietà al padre. A prescindere dalla radicale mutazione che subì il diritto del peculio, nel sistema romano primitivo e nel progresso del diritto romano medesimo e più nel moderno, per le profonde mutazioni avvenute nel diritto di famiglia e nel sistema della patria potestà: è da osservare che il peculio profetizio si costituiva vi-

---

(1) Rango (*Arch. giur.*, vol. III, fasc. 1, pag. 101); C. Stato 17 aprile, 18 luglio 1862 (*Legge,* II, 178 e 252).

(2) Corte conti 8 maggio 1866 (*Legge,* VI, 170); 23 aprile 1864 (*Legge,* IV, 178).

vente il padre, e quindi era possibile la proprietà di esso in lui. La pensione invece nasce e si costituisce al momento successivo della sua morte e in persona dei figli già liberi dalla patria potestà.

Aggiungasi la ragione quasi *alimentare* della pensione e la intenzione del legislatore di voler con essa dare al funzionario la tranquillità e la sicurezza soggettiva e assoluta sulla sorte avvenire dei suoi cari, la espressione letterale della legge che attribuisce la pensione come diritto direttamente alla famiglia: l'altra disposizione che garentisce a questa la pensione non ostante i mali portamenti del funzionario.

In questo senso è anche la giurisprudenza della corte de' conti, benchè in alcune decisioni si trovi assai inculcato il concetto della provenienza della pensione dal servizio prestato dal padre, concetto che parrebbe dover condurre a diversa conseguenza.

Una diversa decisione però non sarebbe irrazionale, ma dovrebbe essere materia di un'espressa disposizione di legge, e non ne mancherebbero le ragioni sotto di ogni aspetto, morale, giuridico, amministrativo, perchè è conforme all'ordine delle responsabilità e al principio dei correlativi comodi e vantaggi che la famiglia riconosca i crediti dello Stato da cui riceve il beneficio della pensione, ed è un freno salutare agl'impiegati il pensare che gli obblighi che contraggono verso lo Stato andranno a scemare le magre risorse a danno della famiglia.

*Perdita della pensione.* — Avviene in due modi, o per la perdita della nazionalità, o in pena. In questo secondo modo la pensione si perde o in causa di condanna criminale o correzionale per titoli d'infedeltà all'ufficio, cioè di corruzione, prevaricazione, malversazione; ovvero per la destituzione dall'impiego per gravi motivi colla pena apposita ed espressa della perdita della pensione.

La vedova e i figli benchè abbian titolo e causa dall'impiegato, il loro diritto essendo fondato sul servizio di lui (1), acquistano la pensione ancor quando il padre perde la sua in pena (2), e la pensione ottenuta perde la moglie per seconde nozze, i figli per maggiorità o matrimonio (3). La porzione del perdente accresce agli altri pensionati (4).

---

(1) Corte conti, 7 giugno 1870; 18 novembre 1870 (*Legge*, XIII, 63).

(2) Cit. legge 14 aprile 1864, art. 35.

(3) Cit. legge, art. 25.

(4) Cit. legge, art. 26.

*Privilegi.* — Veniamo a dire dei *privilegi* che si riferiscono alla pensione.

La pensione come lo stipendio non è nè cedibile nè sequestrabile da' creditori dello impiegato o pensionato, se non per debiti verso lo Stato medesimo o per alimenti, e per solo un quinto della pensione nel primo caso, per un terzo dello stipendio e della pensione nel secondo (1). Questo diritto *singolare* ha per motivi lo evitare imbarazzi all'amministrazione, e non lasciar togliere a' funzionari il coraggio del lavoro: tutti motivi d'ordine politico. Secondo un'ultimo progetto di legge la sequestrabilità degli stipendi e pensioni dovrebbe essere estesa anche ai debiti del funzionario verso i terzi, derivanti da responsabilità incontrata nell'esercizio delle loro attribuzioni (2). L'ultima legge 26 luglio 1888, n. 5579, applica il privilegio agl'impiegati dei comuni, delle opere pie ed altri istituti pubblici, estendendo la eccezione al terzo dell'assegno per debiti di ufficio inverso la rispettiva amministrazione o per alimenti legali.

*Competenza.* — Le controversie nascenti sulle pensioni dello Stato sono deferite al giudizio della corte de' conti (3), che giudica in primo grado in seconda sezione, in via di reclamo a sezioni riunite.

Ma sorge quistione se tale giurisdizione speciale si limiti alla sola *liquidazione* che è la parola usata dalla legge, ovvero si estenda alle controversie che insorgono sul diritto. La giurisprudenza della corte dei conti ritenne questa seconda interpretazione pel motivo che la liquidazione della pensione presuppone necessariamente il giudizio sul valore del servizio, sulla qualità d'impiegato e in somma sui titoli e sul diritto in genere alla pensione.

La giurisprudenza delle corti ordinarie è varia ed incerta (4). A noi sembra che la corte de' conti abbia facoltà di giudicare tutte le quistioni incidenti alla liquidazione, siano pur del diritto: che però non possa negarsi alla giurisdizione ordinaria la competenza di giudicare sul diritto a pensione quando viene come quistione principale e distinta dalla liquidazione.

---

(1) Cit. legge, art. 36.

(2) Progetto di legge Mancini, *Sulla responsabilità de' funzionari,* presentato nel 1876, art. 7.

(3) Legge 14 aprile 1864, art. 27. Legge 20 marzo 1869, alleg. *E,* art. 12.

(4) Vedi *Annali* 1866, p. 1, pag. 414 e 363; 1877, p. 1, pag. 520; *Legge,* 1876, p. 1, pag. 17. MANTELLINI, *Conflitti di attribuzione,* p. 1, pag. 52; PINTOR-MAMELI, *Comp. giud. e amm.,* p. 23, 24; BETTINI, v. *Competenza,* n. 275, e t. XXI, 2, 834; BONASI, *Responsabilità,* ecc., capo ultimo.

*Procedura.* — Rimane a dire della *procedura* (1).

L'avente diritto presenta alla corte direttamente o per mezzo dell'ufficio da cui dipende la istanza col titolo o decreto di collocamento a riposo che gli attribuisce la pensione. L'una e l'altro sono comunicati al procuratore generale, il quale, raccolte le informazioni, se nulla ha da opporre, fa istanza al presidente per destinare la udienza in cui debba riferirne. In questa udienza, sopra richiesta del procuratore, la sezione delibera, e se la sua deliberazione è conforme alla requisitoria, emana il decreto che accorda la pensione, decreto che viene trasmesso in copia al ministero delle finanze per ordinare il pagamento.

Quando il procuratore generale non aderisca all'istanza, si fa un vero giudizio, con citazione del petente, ad istanza del procuratore generale, con comunicazione del decreto che fissa l'udienza, con dibattimento pubblico, orale o contradditorio fra la parte o il suo procuratore speciale e il procuratore generale, che dà le sue conclusioni, e dopo la discussione, dove la parte ha ultima la parola, la corte pronuncia sentenza preparatoria o decisiva. Contro la decisione della sezione non è ammesso il rimedio della opposizione, se la parte non comparve all'udienza, ma è ammesso richiamo alla corte a sezioni riunite tanto da parte del richiedente quanto del procuratore generale (2).

Il richiamo, se fatto dalla parte, è depositato alla segreteria della corte coi documenti, e comunicato con decreto del presidente al procuratore generale che dà le sue conclusioni in merito. Queste conclusioni sono depositate anche esse nella segreteria e da questa comunicate in copia al reclamante al domicilio da lui eletto, il quale reclamante può ricorrere nelle forme e nei termini stabiliti pel giudizio sui conti.

Se poi il richiamo è fatto dal procuratore generale, la sua requisitoria è depositata parimenti nella segreteria e da questa intimata per cura del procuratore generale alla parte che può presentare in risposta una memoria, osservandosi in tutto il rimanente la procedura stabilita pel giudizio de' conti.

(1) V. R. decreto 5 ottobre 1862, n. 884, sulla giurisdizione e sul procedimento contenzioso della corte de' conti.

(2) Cit. legge, tit. 2, cap. 1.

### Art. 5. — *Doveri dei funzionari pubblici.*

L'ufficiale pubblico ha doveri verso l'amministrazione e verso i cittadini interessati coll'amministrazione istessa.

La somma degli obblighi del funzionario verso l'amministrazione sta nel bene esercitare l'ufficio suo. L'esercizio dell'ufficio è ordinariamente personale, indelegabile, salvo regolamonto o consuetudine che attribuisca o la natura dell'ufficio che richiegga necessariamente la facolta di delegare. Dalla personalità dell'ufficio deriva come necessaria conseguenza l'obbligo della *residenza* e dell'*assiduità* in conformità all'indole della funzione.

Perchè l'ufficiale possa ben corrispondere a questo dovere, è necessario che l'ufficio suo sia ben disegnato, diviso, determinato. Senza di ciò la responsabilità non è ben sentita dal funzionario ed è inefficace. La confusione degli uffici è poi incomoda oltredire e dannosa a chi ha che fare coll'amministrazione. Come nell'amministrazione romana antica e nell'inglese moderna, dovrebbero gli uffici avere un nome che designasse a' cittadini lo scopo e l'incarico, sì che ognuno sapesse subito a chi rivolgersi nelle varie sue contingenze. Le quistioni interminate di competenza, le lungaggini infinite nella così detta *trafila*, cose sì deplorate nella nostra amministrazione, sono conseguenze di questa confusione e indeterminazione degli uffici. Il decentramento, la divisione applicati in grande alle amministrazioni, interessa che lo siano ancora nell'interno di ciascun ufficio in cui l'amministrazione si riparte.

I grandi capi di direzioni, divisioni ecc., richiesti dall'ideale di un tipo di unità e di euritmia, che fan tutto in diritto e nulla in fatto, men male se non fossero altro che un peso alla finanza: peggio è che sono un peso e un imbarazzo alle amministrazioni, e di danno continuo e di perditempo incalcolabile agl'interessi pubblici e privati.

La personalità degli uffici coll'obbligo della residenza importa la *incompatibilità* di più funzioni nello stesso capo, il divieto della riunione di più uffici in una sola persona, ciò che dicesi il *cumulo*.

Il divieto de' cumuli (1) non deve aver per ragione l'*invidia* al benessere del funzionario, ciò che sarebbe iniquo, e neppure il mo-

(1) V. legge sui *cumuli*, 19 luglio 1862.

tivo di estendere il più possibile il numero degl'impiegati, ciò che non sarebbe economicamente giustificabile, ma vuol essere soltanto informato al bene dell'amministrazione. Quindi deve il divieto non rivestire l'odioso carattere di legge eccezionale o fiscale, come ora in Italia, ma far parte delle leggi generali e limitarsi alle funzioni incompatibili fra loro per natura, come sarebbe di due funzioni subordinate l'una all'altra, appartenenti a rami diversi, importanti residenza in luoghi diversi e nello stesso tempo (1), nè estendersi a funzioni che possono aiutarsi a vicenda, che esigono in chi le esercita qualità intellettuali, scientifiche, tecniche non comuni nè frequenti a trovarsi. Così nella legge vigente italiana troviamo saggiamente eccettuate le funzioni scientifiche.

Il dovere di esercitare la funzione determinata dalla legge o dal regolamento o dalla consuetudine interna dell'ufficio è limitato a questa funzione medesima? o si può estendere per comando de' legittimi superiori ad altra funzione o a funzioni diverse, o ad altre straordinarie incombenze nella stessa funzione? La buona regola di amministrazione sancita pure ne' regolamenti si è che il dovere si estende a tutti i negozi che possono occorrore nel *grado* e nell'*ufficio;* e quindi l'aumento del lavoro entro il grado e l'ufficio sopra la quantità usuale e ordinaria, non dia neppur diritto a compensi straordinari, i quali prestano facile accesso agli abusi, alle parzialità, e conducono ad aggravi della finanza tanto più deplorevoli quanto più incerti. Però la equità non sopporta la esclusione assoluta e in tutti i casi di ogni ricompensa. Quanto a funzioni di ufficio diverso o di grado diverso nello stesso ufficio, crediamo che il dovere del funzionario non vi si estenda, perchè eccede veramente i limiti del patto. Siccome però la ragione contrattuale va sempre subordinata alla suprema ragione di pubblica utilità, ammettiamo che in casi di necessità ogni funzionario debba prestar l'opera sua se venga richiesta, purchè possibile al funzionario e conveniente al grado, cioè di grado non inferiore, e salvo ricompensa, puramente però usuale e discrezionale.

In tal materia se insorgesse controversia il giudizio sulla necessità d'ufficio competerebbe all'autorità amministrativa; quello sulla natura delle funzioni, per gli effetti giuridici che ne deriverebbero, spetterebbe, a nostro avviso, all'autorità giudiziaria. Imperocchè

---

(1) MANNA, *Principii*, v. I, l. 2, c. s., sez. 2, § 3.

la prima indagine riguarda la facoltà discrezionale dell'amministrazione, benchè una corte giudiziaria del regno abbia ritenuto in un caso poter deliberare anche su questo estremo per conoscere e giudicare dell'essere stato o no giusto o tempestivo il licenziamento d'un impiegato e attribuirgli o no la reclamata indennità. La seconda indagine concerne le condizioni contrattuali e giuridiche tra amministrazione e funzionario. Non potrebbe secondo i principii da noi adottati ammettersi l'autorità giudiziaria a conoscere dell'estremo della necessità d'ufficio, sia pure per giudicare degli effetti giuridici che ne deriverebbero, perchè questa non può essere apprezzata se non con criterii amministrativi. Ma quando si trattasse di giudicare se la funzione che da lui si esigeva era veramente relativa al grado ed ufficio cui era assunto, questo, all'infuori di un regolamento che lo vieti, spetta alle condizioni essenziali del contratto e quindi appartiene all'autorità giudiziaria il conoscerne.

Dicemmo che il dovere del funzionario è di bene esercitare l'ufficio. E siccome l'opera di questo è sempre o più o meno opera intelligente e morale, così il funzionario deve recarvi tutte le doti morali che servono alla buona riuscita del suo lavoro, come l'interesse e l'affetto all'amministrazione. Deve quindi mantenersi sempre in condizioni da non crearsi interessi contrari, come sarebbe contrarre affari coll'amministrazione stessa, divieto che è sancito dalle leggi ed esteso talvolta a' parenti del funzionario.

E come le prevenzioni dell'interesse, così deve pure allontanare i danni della reputazione colla sua condotta morale, e schivare le preoccupazioni dell'animo che possono trarlo in contraria parte. Ondechè, a prescindere anche dal giuramento a da' doveri di onestà generale, non deve l'impiegato partecipare ad associazioni più o meno contrarie alla forma o al sistema del governo. Nè, se avesse convinzioni contrarie, la lealtà gli permetterebbe rimanere nell'ufficio. Il che però non deve intendersi di quelle opinioni che si riferiscono al mutevole indirizzo dell'amministrazione, e della onesta censura de' fatti, e de' probabili giudizi sull'andamento delle cose pubbliche, non dovendo mai la qualità di funzionario sopprimere il diritto di uomo libero e di cittadino.

Ma il funzionario deve sempre osservare *prudenza* e *segreto;* deve ubbidienza nelle cose interne dell'ufficio e secondo l'ordine gerarchico stabilito da' regolamenti nello interno di ciascuno; deve rispetto ai gradi superiori anche esterni, onde la *subordinazione*

è *generale* e *speciale*, come anche si distingue essa in stretta e larga secondochè avvenga senza o con delegazione di poteri e responsabilità di applicazione (1). De' limiti di tale ubbidienza o subordinazione vedremo trattando della responsabilità.

I doveri del funzionario verso gl'interessati o, come dicesi, il *pubblico*, sono d'indole morale o giuridica. Lasciando questi ultimi al trattato che chiameremo della responsabilità, i doveri morali del funzionario in riguardo al pubblico (che si traducono però anch'essi in doveri disciplinari verso l'amministrazione) sono la sollecitudine, il rispetto, il garbo, la tolleranza. Il funzionario non è un servitore del pubblico; però ha con esso non solo i rapporti di cortesia, ma di stretto dovere e che gli vengono dalla missione accettata e dalla ricompensa. Il dovere quindi di mutua tolleranza e di mutuo rispetto è reciproco fra impiegati e cittadini.

Il complesso degli anzidetti e di tutti i doveri regolamentari del funzionario in quanto sono garantiti da speciali sanzioni e penalità dicesi *disciplina*. La disciplina è quindi il complesso delle prescrizioni e sanzioni amministrative pel buon andamento degli uffici, nè esclude le sanzioni *civili* e *penali* giudiziarie che secondo i casi concorrono allo stesso scopo.

Le sanzioni amministrative sono per gradi come seguono: 1° censura; 2° sospensione con perdita o senza dello stipendio; 3° rivocazione dall'ufficio; 4° destituzione con o senza perdita di pensione. Costituiscono esse un ordine graduale dalle minori mancanze alle più gravi e variano anche per le competenze. Così la *censura*, ossia semplice avvertimento con biasimo, si dà per negligenza, riprovevole condotta, violazione di segreto, censura degli atti dei superiori, condanna a pene correzionali. La *sospensione* è minacciata pe' motivi medesimi in più grave misura. Entrambe queste penalità s'infliggono per decreto del ministro. La *revoca* è stabilita per l'abituale trascuranza d'ufficio, per la recidività dopo la sospensione, pel segreto dolosamente propalato, per le opinioni manifestate contro le leggi dello Stato, contro il re o il parlamento, pel disprezzo dei superiori. La *destituzione* è inflitta per la condanna a pene criminali, e per certe pene anche correzionali, cioè per falso, furto, truffa, appropriazione indebita, corruzione, malversazione, per depravati costumi o mancanze contro l'onore, per doni ricevuti, o lucri fatti in occasione dell'ufficio.

(1) MANNA, loc. cit., § 5.

La competenza de' giudizi disciplinari in casi di revocazioni e destituzioni è del re, salvo il ricorso in via contenzioso-amministrativa secondo la legge 1° maggio 1890, di cui sopra si parlò. Altrove, in Germania e Svizzera per esempio, si fa un vero giudizio, ed è un desiderato dell'equità amministrativa che un tal sistema invalga anche presso di noi.

La questione se e quando contro la pena disciplinare possa il funzionario reclamare con azione giudiziaria oltrechè coll'amministrativa che è sempre aperta innanzi ai funzionari gerarchicamente superiori, è trattata altrove (Cap. VII, art. 8).

A proposito delle pene disciplinari si domanda se il processo giudiziario possa pregiudicare al processo amministrativo in guisa che l'assoluzione o la condanna alla pena pubblica importi all'amministrazione l'obbligo di assolvere o condannare alla pena disciplinare. È chiaro che essendo le due autorità indipendenti vicendevolmente nelle loro funzioni, muovendo da criterii diversi, dirette a diversi scopi, e procedenti perciò con norme diverse, la decisione che l'una pigli al riguardo d'un impiegato non possa nè debba pregiudicare quella dell'altra. Nè v'ha contraddizione naturale, potendo stare benissimo che un impiegato che dall'autorità amministrativa non fosse trovato colpevole possa esserlo dal tribunale, come può stare all'opposto che l'impiegato, sottoposto a processo, per gli effetti della pena non sia stato rinvenuto responsabile delle condizioni rigorose di un reato e però sia stato assoluto dal giudizio penale, mentre però non risulti dal processo disciplinare scevro di colpe capaci di fargli perdere la fiducia dell'amministrazione e di farlo perciò incorrere nelle pene corrispondenti. Bensì la sentenza giudiziaria di condanna pregiudicherà il giudizio disciplinare quando si trovi in uno dei casi suaccennati pei quali è luogo, in forza della stessa condanna penale, a rivocazione o destituzione d'ufficio.

La quistione può complicarsi quando l'autorità amministrativa abbia in qualche modo subordinata la sua decisione a quella dell'autorità giudiziaria, come ad esempio se avesse sospeso l'impiegato in pendenza e in attenzione della sentenza penale, come frequentemente si pratica dalle amministrazioni pubbliche. Si domanda se in questo caso possa l'autorità amministrativa assolvere quando l'impiegato fu condannato, o condannare quando fu assoluto. E prima convien mettere in disparte il caso della condanna penale per titoli che i regolamenti istessi contemplino come cause di de-

stituzione o rivocazione, di che si parlò nel paragrafo antecedente. Fuori di questo caso si deve rispondere che la decisione dell'autorità amministrativa non sia, neppure nelle condizioni suddivisate, punto vincolata da quella dell'autorità giudiziaria. Le ragioni sono le medesime sopra addotte per la tesi generale, singolarmente la libertà e l'indipendenza reciproca delle due podestà. La sospensione che l'autorità amministrativa dispone in aspettazione del risultato d'un giudizio penale, è misura d'ordine interno e non già una promessa, che non crea quindi all'impiegato un diritto di reintegrazione in caso di assoluzione, come non importa un obbligo all'amministrazione di espellere l'impiegato in caso di condanna. Non potrebbe quindi l'impiegato assolto reclamare la reintegrazione nel posto nè lo stipendio avvenire, e molto meno lo stipendio di cui fosse stato privato nel tempo della sospensione. La decisione di attendere l'esito del procedimento penale è mossa dallo intento di profittare di una più ampia e più matura discussione sui fatti di che l'impiegato sia stato incolpato, ed anche dalla necessaria preliminarietà di una sentenza condannatoria nel caso che questa importasse di sua natura perdita dell'impiego, ma non per siffatti intenti certo è a ritenersi aver la amministrazione rinunciato a un suo proprio giudizio sui demeriti dell'impiegato disciplinari ed amministrativi indipendentemente dalla sua reità penale, nè è costretta ad accettare come *verità* una sentenza di un tribunale correzionale o di una corte di assise che per quanto matura ed autorevole non costituisce che una *presunzione* giuridica (1).

### ART. 7. — *Cessazione de' funzionari pubblici.*

Essendo i modi di cessazione in gran parte connessi colla materia della disciplina, ne poniamo qui la breve trattazione, per lasciare quindi separata e seguita la materia della responsabilità.

Oltre i modi come il funzionario cessa dall'ufficio *in pena* accennati sopra, ve n'ha altri che derivano da ragioni dipendenti o dal funzionario stesso o dall'ufficio.

Questi modi sono *temporanei* o *definitivi*.

---

(1) C. C. Torino 9 marzo 1870, Galli e Robaschi contro l'amministrazione della società appaltatrice del dazio consumo (*Legge*, x, p. I, pag. 558); tribun. civ. di Roma, causa Tomassoni e comune di Roma, 17 marzo 1879.

Temporanei sono l'*aspettativa*, la *disponibilità*, il *congedo* (1). La prima è quello stato del funzionario nel quale esso è dispensato dal servigio per un certo tempo, non maggiore di un anno, per infermità o ragioni di famiglia, conservandoglisi nel solo primo caso un tanto fra la metà e il terzo se conti più di 10 anni di servizio e tra il terzo e il quarto se meno.

La *disponibilità* è quella medesima condizione quando avviene per ragioni di ufficio, cioè o per soppressione, o per riduzione dell'impiego. Si concede per un tempo insino a' due anni.

Il congedo è un semplice permesso di assenza dall'impiego per qualunque straordinario motivo, ed anche per solo riposo fra l'anno che si concede all'impiegato. Non deve superare il tempo d'un mese per ogni anno.

La cessazione definitiva incolpevole o l'*honesta missio* dicesi *collocamento a riposo*, delle cui ragioni ed effetti si disse sopra. Esso o può darsi a domanda dell'impiegato che si *dimetta* o *rinuncii* all'impiego e può darsi o incondizionatamente o con riserva di pensione, ovvero si accorda anche d'ufficio. V'ha poi un modo di cessazione di diritto penale ed è la pena della interdizione dai pubblici uffici alla quale si accennò di sopra.

### ART. 8. — *Responsabilità de' funzionari pubblici.*

Il dovere sanzionato e considerato per rapporto al *soggetto* suo morale e giuridico, dicesi *responsabilità*. Il qual concetto considerato in ordine agli effetti penali, e riferito all'oggetto e all'azione, piglia anche il nome di *imputabilità*. *Responsabile* dicesi l'uomo, *imputabile* l'atto suo. Responsabilità è dunque il vincolo morale o giuridico pel quale l'uomo è considerato come autore razionale di un fatto, e ne deve quindi subire le conseguenze di fronte ad un altro soggetto morale o giuridico.

Benchè la responsabilità non sia che il dovere considerato dal punto di vista della causa soggettiva e degli effetti, è mestieri trattarne separatamente, avendo nella dottrina, nella legislazione e nella giurisprudenza assunto il carattere di un istituto per sè indipendente.

---

(1) Legge 11 ottobre 1863, n. 1500 e regol. 25 d.

La responsabilità dell'ufficiale pubblico si distingue in varii modi. La *responsabilità* è *ordinaria*, cioè del cittadino come cittadino, o del funzionario come cittadino, ovvero *propria*, cioè che incombe al funzionario in quanto tale. Questa responsabilità propria poi è *politica*, o *amministrativa*, o *giudiziaria* secondo le sanzioni, cioè secondochè si perseguita con azione e per effetti politici, o amministrativi, o giudiziari. La responsabilità giudiziaria si suddistingue in *civile* o *penale* secondochè si perseguita coll'azione civile o penale.

La responsabilità dell'amministrazione si può considerare nell'ordine *interno* o nell'*esterno;* interno ne' rapporti tra l'amministrazione e il funzionario, esterno ne' rapporti dell'amministrazione o del funzionario coi terzi.

La responsabilità si divide eziandio in *diretta* o *indiretta*. *Diretta* dicesi quella che contrae il funzionario ed anche l'amministrazione pel fatto proprio, *indiretta* quella che contrae l'amministrazione pel fatto del funzionario.

Quando si dice contratta dall'amministrazione pel fatto *proprio* s'intende pel fatto dei suoi funzionari diretti compiuto negli stretti limiti prescritti alle loro funzioni, nella rappresentanza e a nome dell'amministrazione stessa, a differenza della indiretta, che è quella che contrae l'amministrazione per un fatto del funzionario che esce dallo scopo preciso e dagli effetti rigorosi della rappresentanza pubblica e riveste un carattere anormale e colposo, come meglio sarà dimostrato nel capo seguente.

La responsabilità politica si dice anche *ministeriale*, perchè è propria dei ministri, non però perchè si confonda con essa, perocchè la responsabilità dei ministri può essere ancora amministrativa e giudiziaria, e quest'ultima è privilegiata, o no, secondochè si esercita nelle forme e innanzi la giurisdizione eccezionale del senato, stabilita dallo statuto (art. 36, 47), il che avviene ne' procedimenti penali; ovvero colla forma e nella giurisdizione ordinaria, il che accade (secondo la miglior dottrina) ne' procedimenti civili.

La responsabilità politica, la quale si persegue con sanzioni politiche, cioè col sindacato del re e della camera, co' voti di biasimo, colla maggioranza negata, ed ha per effetto le *crisi* de' ministeri o la decadenza de' ministri, come eziandio la responsabilità ministeriale per gli effetti penali e colle forme e giurisdizioni eccezionali, è oggetto del diritto costituzionale e del penale. La respon-

sabilità ministeriale poi amministrativa e giudiziaria, nel senso civile, appartiene al diritto amministrativo, nè si differenzia da quella di tutti gli altri funzionari, tuttochè venga combattuta (la civile singolarmente) con speciali ragioni (1).

Premesse queste distinzioni e nozioni necessarie alla chiarezza e all'ordine della trattazione, veniamo a dire della responsabilità amministrativa e civile dei funzionari.

Della responsabilità amministrativa interna già fu detto abbastanza parlandosi de' doveri e delle sanzioni. Aggiungasi che la responsabilità giuridica del funzionario verso l'amministrazione si perseguita in una giurisdizione privilegiata, cioè avanti la corte de' conti, vero tribunale amministrativo, che giudica tutti i funzionari contabili che maneggiano o costudiscono valori dello Stato, ovvero hanno la verifica o il riscontro di casse, magazzini dello Stato, ecc. Tali i prefetti, intendenti di finanza, tesorieri, ecc. (2).

Quanto alla responsabilità amministrativa esterna, questa è garantita dal diritto al reclamo o ricorso di ciascuno interessato che sia stato offeso da un provvedimento amministrativo. Il ricorso (ted. *Beschwerde)* è un rimedio che la legge dà all'interessato per ottenere dall'autorità amministrativa una più matura revisione e una più equa decisione sopra l'interesse del ricorrente. È differente dall'azione *(Klage)* per l'indole diversa dell'autorità, che è ammistrativa o rilevante dall'ordine amministrativo, per la procedura che è semplice e non rigorosa, per la sanzione perchè si eseguisce amministrativamente e coi modi d'ufficio, per gli effetti perchè si limita alla sola riparazione dell'atto e dell'interesse, e non si estende ai danni nè alle spese.

Il reclamo si presenta o all'autorità stessa che emanò il provvedimento, essendo questo di sua natura sempre revocabile, o all'autorità gerarchica superiore per tutti i suoi gradi, sino al sommo grado che è l'autorità regia, o anche ad una determinata autorità superiore. Il reclamo e la sua risoluzione non ha generalmente alcuna forma essenziale stabilita, tranne talvolta il voto consultivo

(1) V. il Bonasi, *Della responsabilità penale e civile dei ministri e degli altri ufficiali pubblici,* specialmente alla par. 3, cap. 9 e 10.

(2) Legge 14 agosto 1862, n. 800, sulla corte dei conti. — Testo unico 17 febbraio 1884 sulla contab. dello Stato, art. 64 e seg.

di un corpo deliberante (1), ha talvolta un termine fisso (2); ma che non si considera dalla giurisprudenza e dalla dottrina fatale e perentorio, finchè la cosa è ancora integra.

Il reclamo amministrativo, anche quando è dalla legge espressamente concesso, non pregiudica l'azione giudiziaria quando ve ne siano gli estremi, e quando per disposizione espressa di legge, o pei principii generali di diritto pubblico, non apparisca manifesta la volontà del legislatore di voler limitare il rimedio al reclamo amministrativo, come, p. e., avviene in fatto di dichiarazione d'utilità pubblica, di consorzii, ed altre materie puramente discrezionali (3).

Della responsabilità giudiziaria non dobbiamo considerare che la civile, perchè della penale sono stabiliti i titoli dal codice penale e il diritto penale è sol competente a trattarne.

Alla regola di ragione e diritto comune, che ogni persona deve rispondere del danno che produce, anche il funzionario pubblico deve sottostare, se nell'esercizio delle sue incombenze gli avvenga di offendere l'altrui diritto. La qualità di funzionario non toglie quella dell'uomo e del cittadino. Quindi il suo fallo lo costituisce responsabile direttamente e verso i terzi.

Nè in questo secondo caso osta il concetto del mandato. La funzione, è vero, ossia il mandato pubblico renderebbe responsabile il solo mandante (C. C., art. 1751), ma ciò allora quando l'operato del funzionario fosse dentro i limiti del suo mandato e conforme alla legge. Ma la funzione della rappresentanza e del mandato cessa là dove il funzionario abbia ecceduto i limiti; essa non lo assiste più quando l'operato sia difforme dalla legge e contenga una violazione del diritto, e quindi il male o sarebbe un eccesso di cui risponderebbe il solo mandatario (C. C., art. 1752), o se fosse per triste ipotesi altrimenti, non discolperebbe nè il mandatario, nè il mandante. Potrà essere quistione se anche il mandante nel caso di eccesso sia tenuto ad una garanzia pel fallo dell'agente suo, di che

(1) Tali quelle emanate previo parere del consiglio di Stato (Legge sul consiglio di Stato, 1889, art. 12).

(2) Legge sui lavori pubblici 20 marzo 1865, alleg. *F*, art. 379. Legge comunale e provinciale 10 febbraio 1889, art. 270.

(3) Se ne può trovare un esempio nell'art. 51 e seg. della legge sui lavori pubblici e molti nelle leggi 1889 e 1890 sulla giustizia amministrativa.

si tratterà nella seconda parte della questione, cioè nel seguente capo, ma non può dubitarsi, nè fu mai dubitato, che il funzionario che eccedette o abusò del proprio ufficio debba risarcire i diritti da lui offesi.

Il principio della responsabilità fu ampiamente riconosciuto nel diritto romano. Il magistrato era responsabile del suo mal fatto (*si injuriose fecerit*), sia che agisse come privato, sia *fiducia magistratus:* non era però responsabile del danno che arrecava per necessità d'ufficio *(si quid violentius adversus resistentem fecerit)* (1), con che non a torto potrebbe riconoscersi stabilita la distinzione tra l'eccesso e il semplice abuso, da noi sopra già dimostrata (2). Nè la responsabilità del funzionario si limitava al solo magistrato amministratore, ma si estendeva ai colleghi nella carica e ai nominatori, come si vedrà nel titolo secondo del seguente capo.

La giurisprudenza poi è concorde su questo punto (3), ed anzi ammette contro il funzionario in persona anche l'azione possessoria che negasi da molti contro l'amministrazione (4).

La sola quistione, che può agitarsi e si agita, è della forma: se cioè debba permettersi al danneggiato il procedere liberamente in via penale o civile contro il funzionario danneggiante come si fa contro ogni altro cittadino, il che si dice il sistema della *libera accusa*, ovvero con qualche restrizione e cautela speciale che garantisca il funzionario medesimo da accuse e molestie improvvide o calunniose, come in Francia e presso di noi col sistema che si dice dell'*autorizzazione governativa* (5).

Codesta istituzione dell'autorizzazione preventiva richiede innanzi tutto qualche cenno storico. L'accusa dei magistrati pe' fatti del loro ufficio fu sempre oggetto di leggi o istituti speciali. A Roma l'accusa a' comizi prima, quindi al senato mediante le *questiones perpetuae*, e le *extraordinariae cognitiones*, fu libera e solenne, ma permessa solo a magistratura compiuta pe' magistrati maggiori, quando cioè alle provincie espilate dalle concussioni, pre-

---

(1) L. 290, 7, ff. *ad leg. aquil.*

(2) Sez. I, cap. VII, art. 5 e 6, e sez. II, cap. VI, tit. 2, art. 7 in fine.

(3) Vedi il Bonasi, op. cit., *Della responsabilità de' pubblici funzionari.*

(4) C. C. Parigi, 13 giugno 1843 (app. Bonasi, n. 192).

(5) Legge comunale e provinciale, art. 8 e 139.

varicazioni e da' peculati de' rapaci governatori non ci era più rimedio; vizio radicale a cui si procurava riparare, ma non si riparava, colla brevità delle cariche. È celebre il testo della legge un. cod., *ut omnes jud.*, ove si dispone che i capi di provincie, gli amministratori pubblici debbano per cinquanta giorni dopo finito l'ufficio restar sulla provincia amministrata per rispondere in giudizio civile o criminale a chiunque avesse ragione di reclamo.

Sotto l'impero l'accusa de' magistrati diventa per la servilità del senato stromento di tirannide in mano al monarca, più che freno salutare e giusto alle concussioni (1).

Nel medio evo è nota, nella storia de' municipii italiani, la istituzione del *sindacato* sulle traccie dell'uso romano invalsa, che significava l'apertura di un processo contro il magistrato uscente di carica. Il processo continuava per un periodo di tempo stabilito, ordinariamente da 20 a 50 giorni, durante il quale il magistrato dovea rimanere sul posto. Oltre il conto che il magistrato dovea rendere ai consigli, era fatta facoltà a chiunque credesse offeso o il proprio o il pubblico diritto di trarlo in giudizio innanzi al successore o ai giudici all'uopo eletti. Al quale effetto si ritenea anticipatamente al magistrato una parte dello stipendio. In Venezia si dava anche il sindacato a morte del magistrato per gli effetti pecuniarii.

Ma andata tale egregia istituzione in disuso dopo il secolo XIII e subentratevi le delazioni e le accuse segrete, risorge la responsabilità della magistratura colla rivoluzione francese.

La legge repubblicana francese del 22 dicembre 1799 (art. 75), vietava citare i funzionari in giudizio per causa del loro servizio senza il consenso del consiglio di stato; restrizione che fu abolita dal governo della difesa nazionale con decreto 19-21 settembre 1870.

In Italia vigeva la responsabilità per diritto comune, e pe' ministri si sanciva nello statuto (2). Non s'avea quindi prima del 1847 *autorizzazione preventiva*. Ma ad imitazione del sistema francese fu questa introdotta nella legge sarda del 1847, e ripetuta nella legge comunale e provinciale del 1859, e poi in quella del 1865 agli articoli 8 e 110, e da ultimo in quella del 1889, art. 8 e 139, ristretta bensì ai sindaci e ai prefetti.

---

(1) D. L. un. Cod. *ut omnes judices*, ecc. L. 1, 2, C. *De exhibend. vel transm. reis*. Vedi il Bonasi, op. cit. in princ.

(2) Art. 36, 47, 67.

Un recente progetto ministeriale, presentato dal ministro Mancini, avrebbe abolito l'autorizzazione preventiva e conservato il sistema della libera accusa, quale ha vigore in Inghilterra e nel Belgio.

Le ragioni da cui fu consigliato il sistema restrittivo sono la divisione e l'indipendenza de' poteri, la quale, si dice, sarebbe offesa se fosse libero assolutamente al privato di chiamare innanzi ai giudici il potere amministrativo a render conto del fatto suo; il danno temuto a tale libertà, che assoggetterebbe gli atti dell'amministrazione a criterii del tutto differenti, farebbe perdere agli ufficiali pubblici, e però all'amministrazione stessa, un tempo prezioso per gli odii e la malevolenza che genera la carica, turberebbe l'ordine gerarchico, rendendo il funzionario più sollecito di evitar brighe co' privati che d'ubbidire ai suoi superiori; giuridicamente, non potersi mai il funzionario subalterno chiamare responsabile verso i terzi essendo un semplice delegato o mandatario, quindi bastare la sola responsabilità esterna de' ministri e quella interna de' subalterni verso gli alti funzionari.

La maggior parte di tali argomenti trovano la risposta in quanto fu detto già sopra a proposito del contenzioso amministrativo e dei limiti de' poteri pubblici, non essendo l'autorizzazione preventiva che da prima un complemento del contenzioso amministrativo, poi rimasto, dopo l'abolizione di quello, un residuo, quasi strascico di quella istituzione, e fondata sulle medesime ragioni. La indipendenza dei poteri non esclude, anzi esige la libertà reciproca di ciascuno nella sua sfera, e l'autorizzazione preventiva è appunto un assoggettamento del potere giudicante al potere attivo. Il giudice non giudica sugli atti compresi nella sfera amministrativa, ma sugli eccessi e sulle trasgressioni.

Le apprensioni e i timori d'imbarazzi, di perditempo, di deviazioni del criterio e dello interesse amministrativo, sono rassicurate dalla libertà del potere nei suoi provvedimenti, dalla giustizia dei tribunali, dallo esempio e dalla esperienza già fatta nell'Inghilterra e nel Belgio, e presso di noi ancora ne' casi in cui il procedimento è libero. All'opposto, la responsabilità diretta del funzionario e la libera accusa ne eleva e ne moralizza il carattere, come il sistema opposto della esclusiva responsabilità ministeriale ne fa istromento materiale e passivo.

La responsabilità ministeriale stessa per tutti i fatti dell'amministrazione diventa illusoria ed effimera per non diventare mo-

struosa e tirannica. La licenza preventiva, se non è effimera anch'essa, si risolve in facoltà di negar la giustizia, e in questo senso non solo adegua, ma avanza l'assurdità di una giurisdizione privilegiata dell'amministrazione, ossia d'un contenzioso amministrativo.

Pur tuttavia perchè in pratica sia mantenuta inviolata la cerchia in cui agisce il potere amministrativo, e poichè questo deve avere di sua natura una parte discrezionale, la responsabilità dev'essere limitata ai casi in cui questa discrezionalità non sia offesa.

A tale uopo non è inopportuna una legge speciale che disciplini questa responsabilità, benchè i germi di tali discipline siano già contenuti ne' principii generali di diritto pubblico e nella natura del potere amministratore. Così era già principio ricevuto che l'amministratore non fosse responsabile di semplici errori commessi nell'esercizio delle proprie funzioni (1). È tenuto però del dolo, e della colpa, e dell'imperizia verso l'amministrazione stessa e i privati (2), ed anche per dolo penalmente (3). La responsabilità poi è sempre individuale, benchè il fatto doloso si trovi in atto collettivo (4).

Il menzionato progetto di legge speciale sulla responsabilità dei pubblici funzionari nell'abolire la garanzia preventiva enumerava i casi ne' quali la responsabilità del funzionario e la libera azione del privato si spiegano, ed erano: 1° il caso di un vero reato; 2° di eccesso di potere; 3° di offesa evidente alla legge; 4° d'ingiusto rifiuto del proprio officio e *diniego di giustizia;* 5° di *grave negligenza* nell'adempimento de' doveri congiunti all'ufficio.

I quali casi tutti si richiamano a questi due capi: *eccesso* positivo o negativo di potere, e *abuso* del medesimo *evidente*. Pel primo capo la responsabilità del funzionario conviene co' principii da noi professati. Pel secondo parrebbe contraddirli. Senonchè è da riflettere che l'abuso, quando è evidente, facilmente si risolve in una violazione di condizioni, e però in un eccesso (5).

Le restrizioni de' casi del libero procedimento sono anche maggiori quando si tratta de' funzionari speciali, come sono i magi-

---

(1) Cons. di Stato, parere 7 gennaio 1864 (*Rivista amm.*, 1864, pag. 198).
(2) Cons. di Stato ivi; C. Chambéry 24 marzo 1851 (*Bettini*, III, p. II, pag. 451).
(3) C. C. Torino 20 ottobre 1863 (*Riv. amm.*, 1861, pag. 38).
(4) C. A. Genova 12 luglio 1861 (*Riv. amm.*, 1861, pag. 38).
(5) V. sopra parte 1ª, capo 7, art. 6.

strati dell'ordine giudiziario e del pubblico ministero, attesa la moltiplicità delle loro incombenze, le continue controversie fra le quali procedono, la necessaria estesa irresponsabilità de' loro atti, tranne i casi di dolo o frode provata e di diniego di giustizia, ossia tranne i fatti e i reati estranei e indipendenti dal merito del loro giudizio.

La responsabilità civile di tali magistrati è regolata dallo stesso codice di procedura civile, al libro III, titolo II, art. 783 e seg. E v'è prescritta anche la competenza speciale della corte d'appello (art. 785), tranne però, secondo una giurisprudenza, il caso dell'*eccesso assoluto* di potere (1).

Cadono qui le questioni esegetiche della legge positiva: 1° se la autorizzazione preventiva sia necessaria anche al procedimento meramente civile; 2° se quando proceda la stessa amministrazione; 3° se si richieda solo durante o anche finito l'ufficio del funzionario; 4° se competa al funzionario quando è convenuto nella sua rappresentanza, o quando è citato in persona propria per dolo o colpa (2); 5° se sia data per tutti i fatti commessi in occasione della carica anche per quelli che eccedano i limiti e la natura delle sue funzioni, o solo per gli abusi commessi nell'esercizio delle funzioni medesime (3); 6° rapporto ai sindaci, se competa per tutti gli atti loro o solo per quelli che compiono nella qualità di rappresentanti del governo.

La espressione della legge: *non possono esser chiamati a render conto dell'esercizio delle loro funzioni*, include certamente anche il giudizio civile, e quindi anche per esso l'autorizzazione ci sembra richiesta, tanto più che la ragione di tale istituzione essendo la garanzia della libertà del potere si estende all'azione civile non meno che alla penale (4).

Ma le parole: *fuorchè dalla superiore autorità amministrativa*, escludono, ci sembra, la necessità dell'autorizzazione nel caso che l'amministrazione stessa debba farsi attrice.

---

(1) Corte di Lucca 13 luglio 1878 (*Annali della giurispr.*, detto anno, parte 2ª, pag. 501).

(2) V. MANTELLINI, *Conflitti*, 1, 79, 82; e BARTOLINI nella *Respons.*, ecc., nella *Legge*, 1877, parte 3ª, pag. 41.

(3) Cit. sentenza C. A. Lucca.

(4) In questo senso è la giurisprudenza del consiglio di Stato (MANTELLINI, *Lo Stato e il codice*, I, pag. 113, nota 2. *Contra*, vedi autorità nell'ASTENGO, *Nuova illustr.*, pag. 27).

Siccome poi lo scopo dell'istituto è di proteggere la persona del prefetto e del sindaco e non l'amministrazione che rappresenta (1), così ne sembra che, anche uscita la persona di carica, debba interporsi lo scioglimento della garanzia (2).

E per la medesima ragione non compete il privilegio quando il funzionario è convenuto in rappresentanza dell'amministrazione, benchè per effetto di un suo atto, ma sol quando è convenuto in persona propria (3).

Da' principii poi sopra esposti naturalmente consegue che il funzionario quando ha ecceduto assolutamente i limiti de' poteri suoi, cioè quando l'atto da lui accennato pecchi d'*incompetenza assoluta*, la guarentigia non lo protegga, al che si prestano pure le parole della legge: *esercizio delle loro funzioni; atto di tale esercizio* (4): lo protegga però ne' casi di eccessi o di abusi. La ragione sta sempre nella *garanzia* voluta dalla legge per la sicurezza dell'amministrazione. E siccome l'amministrazione è tenuta anch'essa per l'*eccesso*, e siccome per gli abusi strettamente intesi sono irresponsabili e il funzionario e l'amministrazione, così per gli uni e per gli altri competer deve la garanzia dell'autorizzazione preventiva.

In quanto finalmente all'ultima quistione, in quali atti sia il sindaco coperto dalla garanzia, benchè varie autorità ritenessero che solo in quegli atti che compie come rappresentante e dipendente del governo, per le parole: *fuorchè dalla superiore autorità amministrativa* (5), e non già in quelli ove funge quale capo della amministrazione municipale, e neppure quale ufficiale dell'ordine giudiziario; tuttavia il consiglio di Stato meglio, a nostro avviso, opinò che in tutti gli atti il sindaco fosse guarantito da tal privilegio, per le indistinte parole della legge, per la ragione delle medesime, e per l'autorità della cassazione e del consiglio di Stato francese (6).

---

(1) Consiglio di Stato, causa Di Natale (MANTELLINI, *Conflitti*, I, 126; II, 158).

(2) V. *Legge*, 1861, n. 27.

(3) STERLICH, *Comm.*, p. 105.

(4) Vedi pure pag. 120.

(5) V. l'ASTENGO, *Guida*, p. 781, 785.

(6) Pareri 17 marzo, 27 giugno e 18 dicembre 1866 (ASTENGO, *Nuove illustraz.*, p. 530); C. C. Torino 18 dicembre 1852 (*Bettini*, 1852, I, 803).

Per la procedura colla quale debba effettuarsi lo *scioglimento*, come si dice, della garanzia, spetta al ministero di grazia e giustizia il provvedere, sulle informazioni del pubblico ministero. I criteri poi cui deve informarsi il provvedimento non debbono essere tali da intaccare il merito intrinseco della quistione (1).

È qui il luogo di esaminare l'importante quistione della eccezione dell'*ubbidienza gerarchica*. Si domanda se sia responsabile il funzionario che ordina l'atto, o non ancora solidariamente quello che l'eseguisce; in altri termini, se il dovere dell'obbedienza gerarchica scusi il funzionario che nell'esercizio delle sue funzioni recò danno.

La quistione è antica e se ne trovan le traccie in Barbeyrac e Grozio (2). Essa si riferisce sempre ai principii e ai criteri differenti onde le varie scuole, l'autoritaria e la liberista sopratutto, risguardano i limiti e l'estensione della sovranità e dei poteri. Onde tale quistione è anche essa un'appendice della grande quistione dei limiti.

Coloro che gelosi della pienezza dei poteri vogliono irresponsabili i funzionari, ad eccezione de' ministri, è chiaro che debbano logicamente sostenere che in niun caso poi debba la responsabilità estendersi ai funzionari che non fecero che eseguire gli ordini de' superiori. Il fare diversamente, l'ammettere che l'inferiore potesse discutere l'ordine ricevuto, per la responsabilità che incorrerebbe nell'eseguirlo, romperebbe il vincolo gerarchico, toglierebbe la prontezza e la forza all'azione del governo. Il funzionario subalterno non è che un trasmissario, un materiale esecutore. Non deve interessargli la giustizia del comando quando questo provenga da superiore legittimo. Nè quindi deve chiamarsi responsabile per un fatto che moralmente non è suo.

S'aggiunge che il funzionario subalterno sarebbe posto nella dura alternativa o di incontrare la disgrazia e il risentimento de' superiori, o di subire un giudizio per parte de' privati. Conforme a questi principii correva anche una giurisprudenza (3).

Ma la quistione spazia in un campo più vasto. Essa è morale, giuridica, politica. Moralmente l'uomo, in qualunque stato sociale

---

(1) V. l'Astengo, *Guida* e *Nuove illustr.*, agli art. 8 e 110 della legge C. e P. specialmente nelle *Nuove illustr.* alla pag. 975.

(2) Barbeyrac, *Diritto della guerra e della pace*, t. 1, p. 180.

(3) C. penale, art. 231. C. A. Casale 28 luglio 1849 (*Bettini*, I, p. 1, pag. 32).

collocato, non cessa mai di esser uomo. La natura dev'essere più forte di ogni presunzione. E qualunque cosa faccia, se intende l'atto ed è libero nel farlo, forza è che contragga una responsabilità morale del fatto. Ma nè il funzionario, nè il soldato, per quanto collocati in umili gradi e stretti dal dovere di obbedienza, perdono perciò la loro coscienza morale e la libertà di fare o non fare il bene o il male, e il dovere di vedere chi dà loro l'ordine e quale ordine loro si dà. Ne segue che l'ubbidienza cieca e passiva, in senso assoluto, sia un impossibile morale. Ma *giuridicamente* ogni uomo che è in colpa, cioè che fa il male o trascura il bene sapendo di farlo o trascurarlo, è responsabile del male stesso che cagiona altrui. Dunque anche il funzionario pubblico, se colposamente agisce, dev'essere della sua colpa responsabile.

Nè questo è un astratto o nuovo principio: che anzi ne abbiamo l'enunciato e nelle teorie di diritto pubblico, e nelle leggi di diritto comune, e nel loro lato più duro che è il lato penale.

Nel codice penale francese, all'art. 190, nell'italiano del 1859, all'art. 194 in punto di *attentati* alla libertà individuale, all'articolo 205 in fatto di violazione del domicilio, al 231 in materia di abusi di autorità, è consecrato il principio che la eccezione dell'ordine superiore non libera dall'imputazione penale il delinquente se non quando giustifichi di aver agito per ordine dei superiori in oggetto di competenza di questi, pe' quali oggetti era dovuta ai medesimi obbedienza; ciò che esclude il concetto di obbedienza passiva, secondo la teoria egregiamente illustrata dagli espositori del codice, persino in rapporto alla più rigorosa delle obbedienze, che è la militare (1). Nè il codice penale del 1889 ha mutato questo diritto, ma anzi, tolta la distinzione fra ufficiale ordinante e agente, riunendo il concetto delle due responsabilità sotto la frase molto notevole: *Il pubblico ufficiale che con abuso delle funzioni, ovvero senza le condizioni e formalità prescritte dalla legge,* ecc. (articoli 147, 158, ecc.). In diritto civile, sancita questa massima già nel suo principio, cioè nella legge abolitiva del contenzioso amministrativo, che ammette azione civile non ostante che vi sia di mezzo un *provvedimento dell'autorità amministrativa,* si vo-

(1) ROSSI, *Trattato di diritto pen.*, I, II, c. XIII; CHAUVEAU ed HÉLIE, *Théorie du code pénal,* t. I, chap. XIV, n. 919, 912.

leva ora esplicitamente consacrare nel progetto di legge sulla responsabilità degl'impiegati (1).

Nell'Inghilterra il sistema della libera accusa di tutti i funzionari, siano ordinatori, siano esecutori, fu sempre e largamente applicato.

Politicamente poi è vero che la responsabilità nuoce un tratto alla prontezza, all'energia del governo, ma rassicura dall'altro la libertà, la quale sarebbe impunemente violata se la sola responsabilità ministeriale o de' sommi ordinatori bastasse a coprire gli abusi di tutti gli altri funzionari e l'agente morale dell'amministrazione fosse un solo, e tutti gli altri servi e macchine.

Tra un sistema e l'altro, fra i vantaggi e gl'inconvenienti dell'uno e dell'altro, una legge informata a libertà civile deve indubbiamente preferire il secondo.

Ma se è incontroverso il principio che la ubbidienza gerarchica non proscioglie il funzionario dalla responsabilità, in quali limiti e a quali condizioni deve questa esser mantenuta?

Il superiore, investito del legittimo comando, che è facoltà secondo legge e ragione, ha con sè la presunzione della legittimità e della giustizia del comando stesso; quindi, per regola generale, e nel dubbio come presunzione, la eccezione dell'obbidienza d'ufficio deve essere ammessa. Ma non essendo questa per nessuna ragione e nessun diritto elevata a presunzione *juris et de jure*, deve cessare ogni volta che siavi in contrario certezza ed evidenza della *illegittimità* del comando.

Ma la illegittimità può intendersi o per incompetenza, cioè assoluta mancanza di potere a dar l'ordine, o per eccesso di potere, o violazione di forma prescritta dalla legge, o finalmente per la intrinseca ingiustizia dell'atto medesimo. Ora che ne' primi due casi si debba respingere l'eccezione di ubbidienza gerarchica, niuno mai chiamò in dubbio. Non v'ha ubbidienza così passiva concepibile che esima l'inferiore dal verificare almeno da chi gli venga l'ordine, e se questo sia nel giro delle attribuzioni sue.

Anche in caso delle omesse forme ricade in quello stesso già discorso, poichè tanto vale che l'ordine non sia dato dal superiore, quanto che non sia dato in quelle forme che la legge prescrisse. Manca la esistenza legale dell'ordine.

---

(1) Vedi relaz. Mancini alla Camera, sess. 1866-1867, doc. n. 18.

Il quarto caso finalmente si discosta veramente dagli altri, perocchè non risguarda la esistenza dell'ordine legittimo, ma la sostanza amministrativa dello stesso, e quindi è il caso più grave, tanto che il Bluntschli, che respinge la eccezione di ubbidienza gerarchica negli altri, l'ammette in questo, perchè quivi non si discute se l'ordine sia emanato bene dal superiore, ma, ammesso l'ordine, si critica e si respinge. È quindi in questo caso che cadono i dubbi e i timori di anarchia o confusione amministrativa.

Ma se il caso è diverso e più grave, i principii da applicarsi non sono affatto diversi. Quando l'atto sia di manifesta ingiustizia, ed evidentemente offenda la legge, l'ordine che lo imponga non può esser legittimo: esso forma ciò che dicemmo *eccesso*, ossia violazione delle condizioni della legge, quando cioè l'atto è dato in un caso che quello non è pel quale la legge lo autorizzava, e per uno scopo che non era quello al quale la legge creava il potere che lo emanò *(sviamento, detournement de pouvoir)*, perocchè non si presume che la legge abbia data facoltà al superiore di comandare e imporre il male e il danno altrui. Certo la ingiustizia intrinseca esige un giudizio più complesso e quindi tale che soverchia la capacità dell'impiegato esecutore. Ma a ciò ripara il criterio della evidenza. L'inferiore non può, non dee ricusare obbedienza se non a quella ingiustizia cui la coscienza di tutti ripugna, e a cui non può partecipare chicchessia senza rendersi complice di una colpa. Questo caso sfugge a tutte le obbiezioni e calma tutte le apprensioni possibili. Si può ammettere però che anche in caso di dubbio debba il funzionario esecutore richiamare l'attenzione del superiore, se non sia un funzionario di mera materiale esecuzione, ma abbia facoltà di adempiere ed applicare una disposizione (1).

Certo la difficoltà del problema sta in ciò che la coscienza del funzionario è messa alla dura prova di incontrare lo sdegno e la disgrazia del superiore, trasgredendo l'ordine. Il funzionario avrà per sua discolpa il reclamo ai gradi ulteriori della gerarchia. Ma certo questo rimedio non basta. La legge dovrebbe escogitarne un altro, o circondare quello di altre garanzie di difesa a pro del subalterno funzionario. Un rimedio sarebbe quello di dare a questo la facoltà di provocare esso medesimo quel giudizio che poteva su-

(1) Vedi su ciò Decret. tit. *de rescr.* c. 5, *et de constit.*, e il De Rosa, *De executione literarum apost.*

scitare o verrebbe suscitato dal privato leso, se l'ordine fosse stato eseguito. Ma comunque sia, il sacrificio cui può andare incontro un funzionario nell'eseguire il proprio dovere non è ragione per renderlo irresponsabile quando egli si è reso complice col suo superiore di una lesione di diritto o di una superchieria, e turba l'ordine morale e giuridico della responsabilità, che è il primo fondamento dell'ordine politico stesso.

Or dalla responsabilità degli ufficiali pubblici passiamo a quella dell'amministrazione pe' fatti leciti o illeciti degli ufficiali medesimi.

## CAPO VI.

## La responsabilità delle amministrazioni pubbliche.

### Titolo 1°

### *La responsabilità delle amministrazioni pubbliche in generale.*

Benchè il tema della responsabilità delle pubbliche amministrazioni abbracci tutta la materia delle obbligazioni di cui esse sono capaci, e quindi si riferisca non solo alla parte soggettiva in quanto concerne la personalità e la capacità giuridica delle medesime, ma tocchi eziandio alle varie materie particolari in cui si svolge l'azione amministrativa, e in occasione delle quali l'amministrazione contrae obblighi, tuttavia noi ne facciamo un capo speciale a questo punto della nostra trattazione, perchè intendiamo principalmente ragionarne in ordine a' fatti dei funzionari pubblici, e quindi come materia connessa intimamente con quella pur ora trattata.

La responsabilità dell'amministrazione, intesa largamente, diviene un aspetto e un'applicazione della grande quistione de' limiti, ed è materia speciale e varia, che troverà luogo nella terza sezione della parte generale, e in varii luoghi della parte speciale altresì, come, ad esempio, nel trattato delle opere pubbliche, delle imposte, delle varie polizie, ma reclama però un separato svolgimento sotto codesta parola di responsabilità ormai consacrata dalla pratica e dalla scienza ed elevata ad istituto per sè stante.

La responsabilità dell'amministrazione può essere anch'essa considerata nel suo lato interno verso i funzionari e verso le varie parti

dell'amministrazione tra loro considerate, e nel suo lato esterno, cioè verso i cittadini aventi con essa interesse.

La prima specie di responsabilità non offre materia altra che i pochi principii già da noi qua e là esposti in ordine ai funzionari pubblici. La seconda specie, cioè di responsabilità esterna, è di genere amministrativo e giuridico: il primo de' quali ha per sanzione il reclamo e concerne la querela d'interesse, il secondo ha per sanzione l'azione giudiziaria e riguarda gli adempimenti o le riparazioni di diritto.

Questo secondo genere di responsabilità è diretta o indiretta, secondochè l'amministrazione si obblighi per fatto proprio o per quello de' suoi agenti; è contrattuale, penale, o *quasi ex delicto*, secondo gli effetti e le sanzioni e le procedure giuridiche diverse.

La responsabilità diretta dell'amministrazione, essendo questa ente astratto che agisce solo per opera de' suoi rappresentanti, non può essere così detta che in senso relativo. È quella cioè che essa contrae per fatto de' suoi immediati e plenari rappresentanti quando agiscono nella cerchia rigorosa del loro mandato e per lo scopo che è proprio della loro funzione.

Ma può una tale responsabilità diretta commettersi per delitto o quasi-delitto, ovvero non può essere che contrattuale? Perchè il funzionario intendesi agire nel rigoroso ambito delle sue funzioni e del suo scopo, pare che esso debba legittimamente e volontariamente obbligarsi con fatto lecito, non intendendosi un fatto illecito che sia nella sfera delle attribuzioni di alcun funzionario pubblico. Eppure v'ha de' fatti che quantunque non contrattuali sono tuttavia leciti e giusti rimpetto all'amministrazione che li pone, e dànno luogo a compensi o prestazioni verso i privati. Così avviene di certi provvedimenti che per legge o per regolamento l'amministrazione è facoltata a prendere con sacrificio delle proprietà, salvo i dovuti compensi.

Ma, oltre a questo caso, si può concepire diretta responsabilità dell'amministrazione per fatti eziandio illeciti, ossia per *danni dati?* E benchè a prima giunta parrebbe ciò ripugnante all'indole di una amministrazione procedente con norme di legge, tuttavia a noi sembra possibile un tal caso di responsabilità, cioè quando la stessa piena e suprema rappresentanza di un'amministrazione ordini o compia il fatto dannoso. Nè è vero che ogni fatto colpevole e dannoso sia perciò solo fuori della legittima rappresentanza, perchè

codesta abbraccia tutto un ordine di fatti, che può essere giusto o no secondo l'applicazione, il che dipende dalla libertà che ha l'amministrazione di determinarsi secondo i casi. Così se fu infatti condannato un comune al risarcimento di danni prodotto dall'aver lasciato senza ripari i fossi di guardia di una strada comunale (1), un tal fatto negativo, ma colposo, può veramente dirsi fatto dall'amministrazione e appartenere quindi alla sua diretta responsabilità. E così ne parrebbe dovesse pur dirsi di fatti positivi, come sarebbe quello di un consiglio comunale che, sotto il pretesto o per ragione di viabilità pubblica, ordini l'occupazione o la demolizione d'una proprietà, che in effetto è privata, o d'un danno prodotto dalla esecuzione d'un'opera pubblica legittimamente decretata (art. 46, legge espropr.).

Ma di questa responsabilità diretta, sia per contratti, sia per quasi-delitti, si avrà luogo di ragionare altrove. Della responsabilità penale non occorre intrattenersi, perchè il dolo, il delitto e la pena delle amministrazioni pubbliche, benchè concetti non nuovi, appartengono solo alla storia del diritto, di che pure si farà un cenno più innanzi.

Noi veniamo pertanto ad occuparci principalmente della responsabilità delle amministrazioni pubbliche indiretta, per quasi-delitto, cioè di quella che esse contraggono per un fatto illecito che non può dirsi veramente lor proprio, ma de' loro funzionari.

## TITOLO 2°

## *Della responsabilità indiretta delle amministrazioni pubbliche.*

### ART. 1. — *Difficoltà della questione.*

Trattiamo separato ed ultimo codesto argomento per la gravità sua, che ricapitola e compendia quasi tutte le materie in questo volume discorse, onde riserbammo ad esso, per non dividerne l'unità o scemarne la efficacia, alcuni svolgimenti che alla responsabilità diretta, e sinanco alle teorie preliminari dello Stato, degli atti amministrativi, delle funzioni pubbliche appartengono.

Certo una delle più ardue e combattute questioni che agitano la moderna letteratura giuridica, la giurisprudenza e la legislazione,

---

(1) V. *Rivista amm.*, 1878, pag. 301.

è questa. Alla varietà delle opinioni sui principii si complica la inconseguenza delle applicazioni. A principii e ragioni buone rispondono tante volte applicazioni e soluzioni errate; talvolta, a rovescio; sia perchè alle questioni di principio s'intrecciano le subalterne questioni di criterii, sia perchè talora il senso pratico emenda le aberrazioni d'un principio falso, o, al contrario, una preoccupazione svia la conseguenza naturale d'un principio buono. Lo stato delle cose è sì grave che il legislatore chiamato a ripararvi da alcuni, respinto da altri, giunto (come si vede dall'ultimo progetto) al nodo della questione rifugge e lascia alla dottrina e ai tribunali la responsabilità de' criteri di applicazione.

Cause principali della confusione per noi sono: 1° lo indeterminato concetto dello Stato e del diritto pubblico, e la confusione del concetto puro di sovranità con quello del potere e dell'amministrazione; 2° la confusione tra la responsabilità contrattuale e quella per quasi-delitto; 3° lo aver voluto, per preoccupazione degl'interessi dello Stato, trattare come questione di principii ogni questione di applicazione e di condizioni; 4° la natura del rapporto institorio non abbastanza studiata.

Noi ci proponiamo: 1° descrivere la storia e lo stato della questione; 2° determinare il vero punto della controversia; 3° delineare la teoria del rapporto institorio; 4° trattare della sua possibile applicazione alla natura in genere dell'ente morale; 5° in specie dello Stato e delle amministrazioni pubbliche particolari; 6° esporre le condizioni; 7° i limiti e gli effetti della responsabilità indiretta.

### ART. 2. — *Storia e stato della questione.*

Il sistema dell'irresponsabilità dell'amministrazione pubblica ha le sue tradizioni alte. Era il sistema dei *regalisti*, che proclamavano la *impeccabilità* del sovrano, e dicevano sacrilegio il dubitare che il Principe avesse scelto non degnamente i suoi rappresentanti (1). E soggiungevano: il Principe non doversi presumere mai aver dato il mandato a mal fare, onde l'abuso del funzionario dovesse andare a danno di chi ne fu colpito, come un caso fortuito, una forza maggiore. Il fatto stesso del Principe era registrato accanto al caso e alla *vis divina*, e ciò non solo nei rapporti tra

(1) L. 1, *De crim. sacr.*, L. 1, *De divers. resc.*

privati, ma di fronte allo stesso principato. La forma dispotica di governo, la confusione della sovranità col potere e coll'amministrazione menavano a tali conseguenze.

Ma anche modernamente l'irresponsabilità dello Stato ha i suoi fautori, e trova una larga applicazione nei sistemi costituzionali inglese ed americano. Si dice: lo Stato, ente astratto, costituito a scopo d'interesse pubblico, operante nelle sfere di diritto pubblico, con norme certe e speciali, nello interesse di tutti, per necessità politica e per alti doveri naturali e morali, per mezzo di funzionari ne' quali deve per forza di sua natura personificarsi, non potersi assoggettare a norme di diritto privato, non tenere responsabile di colpa, come quei che per interesse proprio e spontaneamente si fa rappresentare da altri negli atti della vita. Ed anche ammesso che il funzionario non sia che un commesso o mandatario dello Stato, ogni abuso di esso è un eccesso di mandato pel quale il mandante non è responsabile, ma solo l'agente che lo commise (1); dacchè si deve sempre intendere che al funzionario *diligenter gerere commissum est* (2).

Al contrario avvi chi propugna la responsabilità dello Stato in generale e l'applicabilità dei principii della colpa e del quasi-delitto alle amministrazioni pubbliche. Il principio da cui muovono è semplice. L'amministrazione pubblica, operante anch'essa per legge, è arbitra nella sfera della sua libertà, ma a patto di non trascendere; quando essa, uscendo da questa sfera, invade quella della libertà privata e lede un diritto, qualunque esso sia, e comunque il faccia direttamente o indirettamente per mezzo dei suoi agenti, è responsabile delle conseguenze ed è tenuta alla riparazione.

La sua missione d'interesse pubblico, la sua costituzione, le sue leggi speciali, come non la rendono impeccabile, così non la lasciano impunita delle trasgressioni o delle violazioni di diritto. Come essa risente il vantaggio ed il comodo de' fatti de' suoi funzionari,

---

(1) L. ff., *de ff. proc. Cæsar.*

(2) Mantellini, *Circolare* 6 marzo 1874 contenente le istruzioni dell'avvocatura erariale: della responsabilità dei cancellieri per le malversazioni, e nel libro *Lo Stato e il codice civile*, pag. 130 e *passim*. — C. C. di Napoli 1° e 10 giugno 1876 (*Foro ital.*, anno 1876, pag. 235) — C. C. Napoli 3 febbraio 1876 sulla questione dei depositi presso i cancellieri — C. C. Torino 3 febbraio 1869 (*Monitore*, pag. 249) — C. A. Casale 18 novembre 1871 (*Giurispr.*, 1872, pag. 121) — C. A. Firenze 29 giugno 1865 (*Racc.*, ii, 241) assai encomiata; Saredo (*Legge*, xxii, 1, p. 494).

così deve rispondere dei danni che essi cagionano abusando della autorità, dei mezzi, della forza che loro confida. In una parola, il motto di questo sistema è: fatto dell'agente, fatto dell'amministrazione.

Sono in quest'ordine d'idee il Zachariæ (1), l'Aubry e Rau (2), il Sourdat (3), il Laurent (4), la cassazione francese (5), il consiglio di Stato francese (6), la cassazione di Palermo e di Napoli (7), il congresso giuridico tedesco del 1869, le leggi germaniche sulle iscrizioni ipotecarie (8), la legge austriaca del 1867 che fa il funzionario responsabile principale e lo Stato garante del fatto di esso, alcuni periodici scientifici (9), ed altri autori (10).

Di tali autori ed autorità, circa la responsabilità in generale dello Stato, i fondamenti sono varii. Alcuni muovono dal concetto della perfetta personificazione dello Stato nel funzionario (11) che

---

(1) *Ueber die Haftungsverbindlichkeit des Staats aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamtem (Zeitschrift fur die gesammte Staatswissenschaft*, XIX, p. 582, 652).

(2) *Cours de droit fran.*, t. X, § 447.

(3) *Trait. gén. de la respons.*, t. II, p. 400.

(4) *Princip.*, t. XX, n. 418 e seg.

(5) Sentenze 19 luglio 1826 (SIREY, 27, 1, 232); 30 gennaio 1833 (id. 33, 1, 99); 29 febbraio 1836 (id. 36, 1, 293); 3 giugno 1843 (id. 43, 1, 937); 30 gennaio 1844 (id. 44, 1, 360); 22 novembre 1848 (id. 48, 1, 700); 1° aprile 1845 (id. 45, 1, 363); 12 gennaio 1849 (id. 49, 1, 43); 12 maggio 1851 (id. 51, 1, 349); 19 dicembre 1854 (id. 55, 1, 265).

(6) Benchè ritenga la competenza a giudicarne amministrativa e non giudiziaria. V. LAURENT, t. XX, n. 428, 592 e DALLOZ, 1860, 3, 11; 1864, 3, 83; 1866, 2, 27; 1867, 3, 25. Ma il contrario si può trovare nei motivi del decreto 21 febbraio 1857 (DALLOZ, 1857, 3, 81).

(7) C. C. Napoli 15 maggio 1869 (*Annali*, I, p. 157).

(8) Legge prussiana 5 maggio 1871 sui libri fondiari ed ipotecari. Per le altre leggi germaniche vedi il GIORGI (*Teoria delle obblig.*, V, p. 345).

(9) Come la *Legge* (1877, p. 2, p. 4). V. il *Foro ital.*, anno II, fasc. 2.

(10) Vedi la dottrina dello SCRIKIO, *Disp. jur.*, XV, c. 2, *De obl. princ. ex facto min.*, e gli autori ivi citati. E da consultare il *Foro italiano* nella nota alla citata decisione della C. C. di Napoli, 1° giugno 1876. Vedi anche il SARRI, sulla *Responsabilità*, ecc. (Barletta, 1875, tip. Vecchi).

(11) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*; STOBBE, *Handbuch des d. privatrechts*. Vedi LÖNING, che però appartiene alla teoria distinguente, monogr. *Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamtem*, Frankfurt, 1879. Appartengono a questo sistema della responsabilità in generale l'HEFTER, il GERBER, il RÖTH ed altri citati dal GABBA, *Quistioni di diritto civile, Della responsabilità*, ecc.

esclude sia la rappresentanza. Altri la derivano dal mandato, come il Dreyer di Lipsia (1); altri dalla teoria della *in rem versio,* perchè l'amministrazione profittando dell'opera del funzionario, è anche giusto che sia per essa opera obbligata (2); altri, e i più, dal concetto della colpa, ossia del quasi-delitto.

Ma, a dir vero, generali così per l'uno o per l'altro estremo non sono le opinioni se non in apparenza e nelle formule, e, come si usa dire, *in principio;* non nella realtà e nella stretta delle conclusioni. La responsabilità e la irresponsabilità non è intesa quasi mai in un senso assoluto. E tale che la formula *in principio* la restringe poi con eccezioni, limitazioni, condizioni che la distinguono o ne temperano l'applicazione. L'illustre prof. Gabba, seguendo il Larombière (3) e il Bluntschli (4), pone in principio che lo Stato non è responsabile pei fatti dei pubblici funzionari. Ma, quando egli enuncia una tale regola, ne ha già esclusa la responsabilità contrattuale che lo Stato incontra pei fatti leciti dei funzionari nei limiti delle loro legittime attribuzioni: la responsabilità in fatto d'imprese private esercitate dallo Stato, come ferrovie, poste, telegrafi, trasporti; la responsabilità per danni, quando avvengono nell'interesse d'una sua proprietà; per le colpe eziandio dei funzionari in rapporti contrattuali, come forniture, locazioni di cose ed opere, concessioni di proprietà demaniali, diritti di acqua, pesca, legna, miniere; insomma per funzioni relative alla missione accessoria e non naturale dello Stato, come egli dice; infine, in quanto alle funzioni naturali e proprie dello Stato, restringe il principio con una dichiarazione e con due eccezioni. La dichiarazione è che la questione si restringa a fatti ingiusti ed illeciti, e non a quei fatti che pur essendo giusti e leciti possono dar luogo non a una indennità propriamente detta, ma a compenso. Le eccezioni poi sono: l'una relativa ai funzionari diretti (istrumenti, non organi) che agiscono sotto l'immediata vigilanza o direzione del governo, ossia della suprema autorità, come sono la milizia e le guardie doganali, forestali e simili: l'altra concernente gli atti d'*interna gestione*

---

(1) Nella *Zeitschrift für französisches civilrecht* di *Pulchtelt*, vol. IV, 283, c. 10. Vedi pure la sentenza del tribunale di Modena 2 giugno 1872 (ap. BONASI, p. 283).

(2) C. A. Dijon 21 marzo 1835; C. C. Parigi 19 aprile 1836 (DALLOZ, v° *Respons.*, n. 670). *Contra*, C. C. Parigi 13 giugno 1843 (ap. BONASI, pag. 308).

(3) *Oblig.*, art. 1384, n. 15.

(4) *Cong. giur. ted.*, vol. I, p. 50.

*d'ufficio* degl'interessi privati de' cittadini affidati alle pubbliche amministrazioni, come sottrazioni di rendita iscritta, depositi doganali di merci, affari delle gabelle, depositi di valori, ecc.

Dimostra l'illustre professore il principio della irresponsabilità con argomenti d'ordine giuridico e politico. Il funzionario, dice, o agisca fuori de' limiti de' suoi poteri, o senza le forme legali imposte alla sua azione, o abusi di questa, non obbliga col suo fatto lo Stato, perchè nol rappresenta. O s'invoca il principio del mandato, e lo Stato è prosciolto dall'art. 1752, perocchè il mandante non è obbligato per l'eccesso del mandato. O s'invoca il principio del quasi-delitto, e si risponde che tra lo Stato e il funzionario non può supporsi quella distinzione di persone che l'art. 1153 suppone tra committente e commesso, essendochè non vi sono veramente due persone, ma una sola, quella del funzionario che per mandato necessario e per una funzione sociale agisce per l'interesse comune. Aggiungasi che non v'è neppure una vera distinzione tra danneggiante o danneggiato, perchè lo Stato è la espressione della vita collettiva, dell'interesse di tutti, onde richiamarsi a lui, tanto varrebbe quanto che i cittadini reclamassero a se stessi.

Politicamente poi la responsabilità dello Stato sarebbe principio dannosissimo, perocchè renderebbe l'azione sua lenta e imbarazzata, e i funzionari stessi, per tema, titubanti e inoperosi.

E venendo alle eccezioni, giustifica il Gabba la prima, cioè degli agenti militari e simili, per la ragione che non sono codesti veramente funzionari, o sono di un'indole eccezionale, perchè dipendono dall'autorità governativa immediatamente, e ne sono come il braccio e l'*istrumento*, quindi in tutto paragonabili ai commessi, anzi ai domestici, e però si prestano alle disposizioni dell'art. 1153.

Dimostra finalmente la seconda eccezione da questo, che gli affari relativi alla gestione interna di ufficio non sono propriamente del funzionario, ma dell'ufficio stesso, il quale ha la sua personalità nello Stato, onde piuttosto che avervi in queste cose compenetrazione di due persone, Stato e funzionario, non v'ha che una persona, lo Stato; il funzionario è ignoto al pubblico, e innanzi al terzo privato sparisce.

A questa teoria si può da prima osservare che non costituisce un principio; dacchè non è principio quello che ammette nel suo stesso contenuto essenziali eccezioni che lo distruggono. Un principio può ammettere condizioni e limitazioni che virtualmente si

contengono nel suo enunciato, ma tali non sono quelle del Gabba, nella cui teoria il principio è assoluto e le limitazioni ne sono indipendenti e neppure esse giustificate da un criterio superiore, come pur dovrebbero essere in una teoria scientifica. Vedremo poi più oltre se, mentre questa dottrina ha consacrata la irresponsabilità dello Stato in principio, non abbia invece nelle eccezioni estesa la responsabilità anche al di là dei limiti in cui la rinserrano altri che partono dal principio opposto, e se quelle eccezioni, che già sono esse medesime una categoria imponente a petto del principio, abbraccino poi tutti i casi e non invece ne escludano altri che indubitatamente includere vi si debbono.

Veniamo alle teorie che non formulano un principio solo generale, ma procedono con distinzione. Non diremo che tale propriamente sia quel sistema che distingue la responsabilità dello Stato per contratti e per quasi-delitti, ammettendo quella, e respingendo questa (1). Anche questa è da porsi tra le teorie estreme, se si considera che tutta la questione non è della responsabilità contrattuale, ma di quella per quasi-delitto. Senonchè è ben da avvertire a questo proposito (e lo faremo ancor meglio più innanzi) che molti autori e decisioni di tribunali confondono le due teorie, riferendo alla responsabilità *indiretta* quei casi che non sono se non di responsabilità pura e diretta dell'amministrazione, in forza di contratti stipulati in suo nome dai funzionari pubblici, benchè tale responsabilità si commetta e s'impegni per fatti colposi di essi funzionari. Vedremo anche a suo luogo come i fautori di questa distinzione non s'attengano poi in pratica sempre al rigore della sua logica, e debbano talvolta scendere ne' casi pratici ad ammettere, sotto il pretesto di responsabilità contrattuale, una vera responsabilità institoria per quasi-delitto.

Vi fu chi fece distinzione tra funzioni demandate dalla legge e funzioni demandate dal governo e disse responsabile lo Stato pei fatti dei suoi ufficiali posti nell'esercizio di queste, non già di quelle (2). Questa distinzione manca di fondamento reale. Non vi ha funzioni conferite dalla legge e funzioni conferite dal governo. Tutte sono stabilite per legge, e conferite dal governo, cioè dalle autorità somme esecutive. Se pertanto quel mandato *generale* della

---

(1) V. Saverio Scolari, *Nuova antologia,* febbraio 1874, fasc. 2.

(2) C. A. Bologna 19 luglio 1867.

legge è ragione che renda irresponsabile lo Stato, questo è sempre irresponsabile: se il mandato personale del governo al funzionario, ossia la nomina, rende lo Stato responsabile, questo è sempre responsabile. Che se suppongasi un caso di nomina del governo a una funzione non stabilita dalla legge, sarebbe una nomina arbitraria che impegnerebbe la responsabilità del nominante, non dello Stato, perchè il nominato non sarebbe suo funzionario.

Anche a un altro concetto si allude in taluna decisione giudiziaria e da qualche scrittore, a distinguere cioè tra gli atti della amministrazione, che si pongono nell'interesse di essa considerata come un tutto separato da quello dei singoli, e quelli posti in servigio e nell'interesse dei singoli cittadini stessi (1). Ma anche tale distinzione, che in parte si assomiglia all'altra di cui ora parleremo, ha per origine, a nostro avviso, una vera confusione di concetti: tra funzione e atto.

Altro è che un atto di un funzionario sia posto a servigio di un privato, p. e. quando difende la vita o la sostanza minacciata di un cittadino, o ne custodisca un deposito, o renda un giudicato; altro che la funzione di quello sia destinata all'interesse del privato stesso. Non v'è funzione pubblica, se non nell'interesse *pubblico,* benchè poi questo si realizzi nell'interesse e nei servigi resi ai singoli in quanto cittadini e parti dello Stato. Il fatto adunque della *preposizione* su cui si basa la ragione della responsabilità institoria si fa sempre nell'interesse pubblico, cioè di tutti, sia considerati come unità *astratta* e *collettiva,* sia presi nella loro realtà *concreta* e *distributiva,* ciò poco importa (2). Codesta teoria confonde dunque la funzione coll'atto, lo scopo della funzione con quello dell'atto e manca quindi di reale fondamento. Per esser reale la distinzione, bisogna distinguere gli atti e le funzioni che sono nell'interesse dell'amministrazione come unità astratta, p. e. pel patrimonio dello Stato, e quelli che sono nell'interesse della società. Ma questo sistema si confonderebbe allora con quello di cui veniamo appunto ora a parlare.

La più grave e la più celebrata delle teorie è senza dubbio quella che distingue due ordini di atti e di funzioni; anzi due persone

---

(1) C. C. Palermo 30 agosto 1872 (ap. Bonasi, pag. 234).

(2) V. Gabba, loc. cit., pag. 44 in nota. Anche l'atto poi è posto a servigio del privato, non però come tale ma come cittadino.

nello Stato; l'una come sovrana, politica, primaria e propria, agente direttamente e immediatamente per lo scopo suo essenziale, come quando fa leggi, giudica, tutela l'ordine e la sicurezza generale interna ed esterna; l'altra giuridica, civile, secondaria o impropria per la quale lo Stato è proprietario e possessore, ha crediti e debiti, contratta ed agisce in giudizio, compie delle imprese commerciali o industriali. Poi c'è la funzione economica, che altri riferiscono alla prima, altri alla seconda qualità.

Questa dottrina, di cui v'ha traccia in Grozio, che distingueva nello stato l'azione *ut integrum*, e quella *ut pars integri*, esposta in Francia dal Larombière (1), illustrata in Italia nel bel libro del Bonasi (2), fu professata da molti giudicati italiani (3), stranieri (4) e da molti autori (5).

Nel primo dei detti due aspetti allo Stato (e il medesimo dicasi dei comuni e delle provincie) non è applicabile la teoria del quasi-delitto nè l'art. 1553, perocchè questo, come tutto il codice civile, è fatto a regolare gl'interessi di ordine privato, e quindi non è da applicare a funzioni pubbliche istituite per l'ordine pubblico e per le amministrazioni dello Stato che sono rette da leggi speciali e dal diritto pubblico.

Non così riguardato lo Stato nel secondo aspetto, cioè di persona giuridica che si mette in contatto dei privati e quindi si sottopone alle regole di tutte le private persone negli atti che funge in quella figura, benchè anche essi poi servano come mezzi per compiere l'alto ufficio di protezione e di tutela che è il suo scopo essenziale.

---

(1) Cod. nap., vol. v, n. 15, pag. 756.

(2) *Della responsabilità penale e civile dei ministri e degli altri pubblici officiali*, n. 264 e seg. Confermata e difesa ancora in altro scritto (*Rivista italiana per le scienze giurid.*, I, pag. 3 a 53. Vedi anche il BERTOLINI nel giornale *La legge*, 1877, § 3, pag. 37.

(3) C. C. Napoli 3 febbraio 1874; 7 dicembre 1874; 3 febbraio 1876 (*Legge*, 1876, pag. 3, 99, e *Annali*, 1876, pag. 198 con nota) — C. C. Torino 20 luglio 1874 (BONASI, § 873) — C. A. Napoli, 18 novembre 1874 — C. C. Roma 22 luglio 1876 (*Legge*, II, 1877, p. 31) — Id. 31 luglio 1876 — C. C. Firenze 20 dicembre 1876 (*Legge*, 1877, p. 90). Per la giurisprudenza più recente vedi GIORGI, *Teoria delle obbl.*, v, pag. 102 e seg.

(4) C. C. Belgio 24 aprile 1840 (BONASI, pag. 564 e seg.); 27 maggio 1852, ed altre riferite dal BONASI (n. 276) e dal LAURENT, vol. XX, p. 640.

(5) Dal GIORGI principalmente (*Teoria delle obblig.*, 178 a 198).

Come già si avvisava da noi, alla divergenza dei sistemi e dei principii non risponde sempre però la divergenza nelle inferenze, e queste talvolta s'incrociano in modo meraviglioso con quelli. Quindi accade che la discrepanza, come osserva il Laurent, è molto più in teoria che in pratica, e che nella soluzione dei casi gli autori di opposte sentenze si rincontrano. Ma accade ancora, aggiungiamo noi, che se talvolta da cattivi principii sorgono buone conseguenze, talvolta anche le cattive conseguenze scendono non solo da cattivi ma anche da buoni principii.

Di questo, oltre alle preoccupazioni de' casi particolari giuste o no, è causa la varietà de' criteri incidenti; specialmente il gran fatto di stabilire quali siano le funzioni politiche e quali le civili dello Stato: questione nella quale si riflette tutta la difficoltà della questione di principio, e che fa come se principio non v'avesse alcuno. Imperocchè, dice lo stesso Bonasi, essendo queste due azioni dello Stato, l'una istrumento ed accessoria dell'altra, si toccano per tanti punti, s'intrecciano e si complicano in mille guise. Havvi quindi chi per funzioni politiche intende il solo còmpito di far leggi, amministrare la giustizia, tutelare l'ordine, e tutto il resto rimanda alla persona giuridica, persino l'esecuzione delle leggi e dei regolamenti (1). Havvi all'opposto chi alla persona politica riferisce l'amministrazione degl'interessi economici collettivi, come il levare ed il riscuotere le imposte, le dogane, i lavori pubblici, le poste e financo le vie ferrate, come la corte di cassazione belga (2) e come l'intenderebbe il Laurent ed il Gabba se ammettessero la distinzione.

Di qua la immensa confusione nelle applicazioni. La corte di Casale (3) esclude la responsabilità del governo per atti illegali di esecuzione contro un debitore d'imposte; e la corte di Nizza (4) per indebita carcerazione in causa di multa, e il Bonasi difensore della responsabilità per atti di gestione accetta questa decisione (5). V'ha pure chi, partigiano della irresponsabilità assoluta dello Stato per quasi-delitto e difensore della responsabilità per atti di gestione,

---

(1) C. C. Palermo 14 aprile 1883 (*Legge,* 1883, p. 808; *Foro ital.,* VIII, 1157).
(2) 23 febbraio 1850 (*Pasicr.,* 1850, 1, 163).
(3) C. A. Casale 18 novembre 1851.
(4) C. A. Nizza 15 maggio 1851.
(5) BONASI, loc. cit., p. 275, 276. V. GABBA, loc. cit., pag. 38.

lo fa responsabile per danni causati dai soldati negli esercizi militari, al contrario di quello che decide il tribunale della Senna (1) e a ragione, muovendo dal suo principio della irresponsabilità della persona pubblica. Anche il Bonasi, censurando certe decisioni dei tribunali e del consiglio di Stato francese, nega la responsabilità dello Stato pei danni causati dai cavalli de' militari (2); quasi lo Stato non fosse per questo un proprietario e quindi soggetto all'azione della *pauperies* e all'art. 1154 del codice civile, e mette questo caso alla pari di quello dei danni de' militari. E la cassazione belga assolve lo Stato dall'azione di danni per l'acqua abbassata improvvisamente in un canale dello Stato, come fatti che escono dalla cerchia della vita civile e privata, la qual decisione il Bonasi riprova (3). E mentre le corti di Liegi e di Dijon e la cassazione di Parigi e quella di Napoli giudicano che il comune è responsabile degli atti degl'impiegati e del sindaco fatti nel suo interesse, ancorchè non approvati nè autorizzati dal consiglio (4); il Bonasi, che approva tali decisioni, trova non inconseguente che i comuni non siano tenuti per le concussioni ed altri delitti del sindaco e dei membri della giunta anche nella gestione della loro amministrazione (5).

Noi non diremo inconseguente, come lo dice il Laurent, al principio della irresponsabilità del potere pubblico ammettere colle decisioni della corte di Parigi l'obbligo dello Stato ad emendare i danni causati al proprietario di un molino venduto dallo Stato stesso in occasione di riparazioni fatte a un ponte (6); imperocchè ci pare che in questo caso ed in molti altri che il Laurent considera come riguardanti la persona pubblica, per lo scopo d'interesse generale, p. e. i casi di danni per lavori pubblici e per le poste, siano invece da riferirsi alla personalità privata civile dello Stato nel senso dei migliori fra gli autori della distinzione; ma inconseguente certo troviamo insieme col Laurent e falsa applicazione del principio d'irresponsabilità del potere quella fatta nel caso di danni reclamati dai confinanti di una piazza per essere stata de-

(1) Bonasi, p. 458, 459.
(2) Id., p. 461.
(3) Id., p. 461 e seg.
(4) Id., p. 522, 525.
(5) Id., p. 524.
(6) Laurent, *Princip.*, v. xx, n. 428, p. 449.

stinata ad uso di esecuzioni capitali (1); e nell'altro caso di guasti prodotti da dighe fatte rompere in un canale pubblico per ovviare all'inondazione (2). In quel primo caso la mala applicazione fu innocua perchè la vera ragione di decidere, che era l'insussistenza d'una lesione di diritto, conduceva alla stessa conseguenza. Ma non così nel secondo, ove, anche ammesso il supposto della irresponsabilità del potere agente per fini di sicurezza generale, non cessava per questo l'obbligo alla riparazione pel principio non già della colpa e del quasi-delitto, che non aveva a fare col caso, ma per quello superiore di dover compensare le espropriazioni e le lesioni della proprietà, siano pur giuste e lecitamente fatte e per ragioni superiori.

E mala e inconseguente applicazione del suo principio ci pare ancora quella che fa chi, pure ammettendo la responsabilità diretta contrattuale e negando la indiretta per quasi-delitto, riferisce a questa anzichè a quella l'obbligo dell'amministrazione di risarcire i privati de' depositi fatti presso gli agenti dell'amministrazione stessa, intercepiti da essi agenti, sia ammettendo pur quest'obbligo, sia, che è peggio, negandolo: equivoco non evitato neppure dagli ottimi che trattarono la questione. E se v'è caso in cui la teorica della distinzione delle due persone dovesse concludere ad ammettere la responsabilità dello Stato, era quello de' depositi giudiziari. Eppure vi fu negata, e ciò sia perchè si sbagliò stranamente la qualificazione della personalità spiegata dallo Stato in quel caso, sia perchè invece di prendere di mira l'obbligo contrattuale dello Stato per depositi si ebbe in considerazione solo il fatto illecito *incidente* del funzionario che li sottrae (3).

---

(1) C. A. Parigi 11 gennaio 1834 (Dalloz, *Compet. adm.*, n. 167) — Corte appello Bruxelles 3 aprile 1857 (*Paricrisie*, 1857, II, 386).

(2) Trib. della Senna 16 agosto 1845 (ap. Bonasi, p. 459).

(3) Nel caso dei depositi fatti nelle cancellerie giudiziarie si pronunciarono:

1. Per la responsabilità dello Stato:

C. C. Palermo 30 agosto 1872 (*Legge*, 1872, I, 965); 21 febbraio 1875; 13 marzo 1876; 19 gennaio 1878 (*Annali*, 1878, I, 362) — C. C. Torino 16 febbraio 1872 (*Legge*, 1872, 1, 167) e 15 febbraio 1878, causa Finanze e Schenoni — Tribun. di Salerno 7 giugno 1872 (*Legge*, II, 283) — Trib. di Cuneo 23 aprile 1873 (ap. Bonasi, p. 284) — Sancì pure la responsabilità pei depositi giudiziarii e pei corpi di reato un'ordinanza imp. aust. 12 marzo 1859, n. 47 — C. C. Torino 13 maggio 1879 (*Riv. amm.*, 1879, 568) nel caso di depositi, di spese e tasse d'incanti.

2. Per la irresponsabilità;

C. C. Torino 11 novembre 1873; 20 dicembre 1873; 30 giugno 1877 (*Legge*, 1877,

Art. 3. — *I ristretti termini della questione.*

Esposto lo stato della questione, veniamo ad essa. E prima conviene spogliarla degli elementi eterogenei, che la ingombrano e la oscurano. Il sostenere in generale che lo Stato e le amministrazioni pubbliche non debbano rispondere del fatto de' loro funzionari vale quanto distruggere ogni obbligazione dell'amministrazione, contro la essenza e lo scopo d'ogni istituto pubblico, contro ogni principio di ragione e contro la legge positiva che fu dettata appositamente per dichiarare essa amministrazione non solo obbligata, ma obbligata per diritto comune e nelle vie processuali ordinarie di rispondere ai privati d'ogni diritto civile o politico offeso (1). Imperocchè se l'amministrazione pubblica contrae obblighi, non altrimenti può contrarli se non pei fatti dei suoi funzionari. La osservazione sarebbe inutile se non fosse necessaria per correggere certe formule di cui si abusa, lasciando sottintendere quello che in ragionamenti scientifici non si deve altrimenti sottintendere, ma esattamente esprimere.

La prima dichiarazione adunque, sia che la responsabilità dello Stato e delle altre pubbliche amministrazioni è ammessa pei contratti de' suoi funzionari, stipulati in loro nome e nel loro interesse. Questa responsabilità contrattuale e *diretta* o si svolge per fatti leciti posti dai suoi funzionari in adempimento delle assunte obbligazioni, come quando lo Stato restituisce un deposito ricevuto, o si commette per contravvenzione colposa e dolosa che si faccia ai patti contrattuali, come quando lo Stato sia chiamato a restituire un deposito sottratto per fatto dei suoi agenti. La obbligazione, ossia la responsabilità non muta nei due casi, essendochè nel secondo il fatto illecito del funzionario è affatto *incidente* al

II, 4 con nota) — C. C. Roma, 31 luglio 1876; 7 maggio 1877 (*Annali*, 1877, *Giur. spec.*, p. 119) — C. C. Firenze 26 dicembre 1876 (*Annali*, XI, I, 52) — C. C. Napoli 3 febbraio 1876 (*Legge*, 1876, II, 99) (*Annali*, X, I, 1, pag. 198, con nota) — C. C. Firenze 20 dicembre 1876 (*Legge*, 1877, II, 90, con nota sullo stato della dottrina e della giurisprudenza) — C. C. Roma 22 luglio 1876 (*Legge*, 1877 II, p. 75) con nota) — C. C. Napoli 1° e 10 giugno 1876 (*Annali*, X, I, 1, p. 198, 407, 408, e *Foro ital.*, anno II, fasc. II, con bella nota del Mecacci) — C. C. Torino 3 febbraio 1869 (ap. Bonasi, p. 175). Vedi all'articolo seguente.

(1) Legge sul contenzioso amministrativo 20 marzo 1865, allegato *E*.

contratto, di guisa che lo Stato non risponde solo per la colpa o pel delitto del funzionario, cioè pel mero rapporto istitorio che lo lega al funzionario, ma risponde pel contratto stesso che ha col terzo depositante, cioè pel principio che il depositario (1) è tenuto per qualunque colpa e sempre, tranne solo il caso di forza maggiore (Cod. civ., art. 1843, 1865) come sarebbe il caso contemplato nel frammento 20 ff. comm. vel. contr. (XIII, 6) obbiettato dalla corte di Napoli e che non è certo il nostro (2).

È questo appunto il caso dei depositi che si fanno in occasione d'incanti nelle cancellerie a forma dell'art. 672 del codice di procedura civile (3). Questo caso che servì di bandiera nella lotta pel diritto in questione della *responsabilità indiretta* dello Stato a noi pare invece che non abbia punto attinenza alla questione specifica della responsabilità dello Stato pei fatti illeciti dei funzionari, ma si riferisca alla questione della responsabilità ordinaria di ogni depositario per la sottrazione della cosa ricevuta in deposito, non essendo dubbio che allo Stato e non all'uomo sia stato fatto il deposito, e che il cancelliere, sia dipendente dall'amministrazione giudiziaria, sia dalla finanziaria, è sempre un agente dell'unico ed indivisibile ente Stato, e per esso e a sua fiducia riceva i depositi. Allo stesso modo con un capo-fabbrica *si affirmaverit mihi recte me credere operariis suis, non institoria sed ex locato tenebitur* (4), così anche lo Stato che dispone potersi e doversi affidare depositi a un suo ufficiale, anche senza bisogno dell'istitoria, rimane, essendo un deposito irregolare quasi mutuo, obbligato pel solo contratto del deposito. E quando poi il caso avesse pure attinenze colla questione della responsabilità indiretta dovrebbe essere indubitatamente risoluto nel senso della responsabilità dello Stato, perchè il fatto dell'agente si aggirerebbe nell'ordine stretto dei rapporti economico-giuridici suoi. Eppure si vide tante volte risoluto nel senso appunto contrario, come già si riferì.

Ora in tali decisioni ci pare che, oltre l'errore di principio, se ne commettessero di applicazione, cioè essersi confusa la funzione essenziale giudiziaria del cancelliere con quella incidentale e pura-

(1) V. su ciò la C. C. Torino 30 giugno 1876 (*Legge*, 1877, p. 2, p. 4 e nota).

(2) Cit. decis. 1° giugno 1876.

(3) Vedi nell'articolo precedente.

(4) L. v, § 10, ff. *de inst. act.*

mente economica, quale quella di ricevere i depositi; male distinta la persona del cancelliere da quella dello Stato a nome e colla veste del quale esso agisce; confusa anche la irresponsabilità per delitti colla responsabilità civile e contrattuale pel deposito intervertito dal fatto illecito del funzionario. E si andò tanto innanzi colle distinzioni, che vi fu sino chi, pure presupposta la responsabilità dello Stato, arrivò ad assolvere il *demanio* dello Stato, appunto perchè considerava in questo un ente giuridico di carattere affatto civile e privato (1). Ed altri ancora distinse se il deposito fosse fatto per l'interesse dello Stato come patrimonio, o per una tutela degli stessi cittadini, di che altrove si fe' cenno (2).

Il simile è da dire in tutti i casi di contratti, sia per imprese private, sia per opere pubbliche e forniture, di depositi e custodia di valori, dove il fatto d'un agente dell'amministrazione fa sì che l'amministrazione stessa contraente e obbligata non possa soddisfare ai suoi obblighi, e quindi debba sottostare ai danni dell'inadempimento. In tutti questi casi la questione è di responsabilità contrattuale e non per quasi delitto. E tra le due responsabilità v'è, tra le altre, questa differenza, che la prima è *diretta* anzi *esclusiva* dell'amministrazione in nome della quale il funzionario contrasse: mentre la seconda è *indiretta* e di *riverbero* per l'amministrazione e concorre sempre colla responsabilità diretta del funzionario colpevole verso la parte lesa.

Sono dunque giusti, ma da mettersi, come fa il Gabba, fuori della questione, i giudicati che condannarono le amministrazioni pubbliche a rifare i danni contrattuali per colpe o delitti occasionali dei funzionari, come, p. e., per ritardi ed incidenti ferroviari, quando si tratta di ferrovie esercitate dallo Stato (3), e così di altre imprese o *regìe* consimili, come di accidenti avvenuti nei trasporti o messaggerie dello Stato (4), o in altri atti relativi a forniture,

---

(1) Trib. di Salerno 2 luglio 1875 (*Legge*, 1876, p. 3, p. 102). Vedi la nota negli *Annali*, 1876, 1, 198.

(2) V. sull'argomento dei depositi la nota sensatissima del compianto prof. CONTI nella *Legge*, 1877, p. 2, p. 4.

(3) C. A. Bruxelles 16 giugno 1838 — C. C. Bruxelles 4 novembre 1844; 23 febbraio 1850; 27 maggio 1852; 30 maggio 1851 (*Pasicr.*, 1852, 1, 370).

Legge franc. 15 luglio 1854, art. 22 (LAURENT, t. XX, n. 594; DALLOZ, *Resp.*, n. 663).

(4) C. C. Parigi 1° aprile 1845; 30 gennaio 1844; 22 novembre 1848; 19 dicembre 1854 — C. A. Colmar 25 gennaio 1840.

locazioni di cose od opere, concessioni di proprietà demaniali, come di diritti di acqua, pesca, legna, miniere (1). Ancora contrattuale deve dirsi la responsabilità dell'amministrazione relativa a danni e sottrazioni avvenute in fatto di rendita pubblica (2), di depositi in magazzini doganali (3), ed altri depositi (4), ai sequestri dei creditori (5), ai danni dati colle proprietà pubbliche o nelle imprese di lavori (6).

Estraneo ancora alla questione è affatto il caso dei danni pei cavalli dell'esercito, danni che lo Stato deve riparare (7), ma non già però pel quasi-delitto dell'art. 1153, ma per l'azione di *pauperie* dell'art. 1154.

La questione adunque si restringe alla responsabilità che l'amministrazione indipendentemente da ogni dichiarazione diretta e specifica di volontà contragga pei fatti illeciti dei funzionari in forza della stessa dichiarazione generica di volontà manifestata nell'assunzione de' funzionari pubblici, si restringe cioè alla responsabilità *indiretta quasi ex delicto*. È capace di tale responsabilità l'amministrazione? Ad abbracciare tutta intera la questione e risolvere tutte le difficoltà che si svolsero nella sua discussione, è necessario ricercare: 1° la natura della obbligazione indiretta o per quasi-delitto fondata sul rapporto institorio; 2° se essa convenga alla natura generica d'un ente morale; 3° se si addica alla natura specifica dello Stato e delle amministrazioni pubbliche.

### Art. 4. — *La natura del rapporto institorio.*

Questa parte fondamentale della questione fu sempre supposta, e quindi trascurata. Lo notiamo non perchè sia del nostro proposito

---

(1) C. A. Bruxelles 26 novembre 1831 (Gabba, loc. cit., p. 26 e seguenti).

(2) Trib. Senna 20 giugno 1833 — C. A. Parigi 22 gennaio 1833; 8 marzo 1834 (Dalloz, *Resp.*, 644) — C. C. Parigi 27 febbraio 1836.

(3) C. C. Torino 19 maggio 1869 (*Gazzetta dei tribun.*, 1869, p. 315); 28 luglio 1870 (ivi, 1870, p. 488).

(4) Nancy 7 marzo 1847, nel caso di un monte di pietà.

(5) C. A. Napoli 14 marzo 1835 (ap. Bonasi, p. 523).

(6) C. Tolosa 8 maggio 1863 (S. V. 63, 2, 131). Trib. d'Ixelles 19 giugno 1847 e C. A. Bruxelles 19 maggio 1849 (D. P. 49, 226).

(7) Trib. della Senna 5 aprile 1845. Cons. di Stato fr., ord. 20 agosto 1847. Tribunale di Strasburgo 20 marzo 1847.

e possa essere nelle nostre forze l'esaurirla, ma perchè crediamo che si dovrebbe.

La responsabilità indiretta per quasi delitto, di cui trattiamo in relazione all'amministrazione pubblica, si contrae per fatto o di persona da noi dipendente (1) o di animale o altra cosa nostra (2). Per noi non può esser questione della responsabilità indiretta per fatto degli animali o cose, perocchè non si deve dubitare che lo Stato ed ogni pubblica amministrazione risponda di danni cosiffatti. E male si dubitò de' danni causati dai cavalli di militari per la errata e inopportuna ragione che in fatto di milizia lo Stato agisce *jure imperii* ed è irresponsabile. Basta che lo Stato sia proprietario di cavalli, di edifici ruinanti, perchè tosto egli si trovi in condizioni eguali a ogni privato rimpetto alla responsabilità del danno. Che i cavalli li possegga poi per ragion di milizia non vuol dire che il danno esso lo produca *jure imperii,* quando pur questa fosse una buona ragione per renderlo irresponsabile.

Pertanto la ricerca riducesi alla obbligazione indiretta per fatto di persone dipendenti, e tra queste medesime, eliminati i casi dei genitori e figli, de' tutori e pupilli, dei precettori od artigiani ed allievi ed apprendenti e finalmente dei padroni e domestici, essendochè tali rapporti di familiarità e domesticità sono estranei evidentemente a quelli che passano fra l'amministrazione e i suoi ufficiali: è da guardare al solo rapporto de' committenti e commessi, cioè a dire al rapporto institorio. Tuttavia, a ben comprendere la controversia, giova attingere la nozione della responsabilità indiretta in generale.

Sebbene *factum cuique suum nocere debet* (3), è ammesso in diritto che il fatto altrui possa a noi nuocere ossia renderci responsabili. Il diritto romano ammetteva questa responsabilità in fatti determinati: nel *positum et suspensum,* nell'*effusum et dejectum,* nel *receptum nautæ, cauponis, stabularii.* Nei primi due casi la ragione di questa azione che si dà contro l'abitatore della casa, speciale *quasi ex maleficio,* e indipendente da quella che si dà pel danno o per l'ingiuria contro il personale autore del maleficio, è quale ce la rende Ulpiano (4), cioè che *publice interest sine*

(1) Cod. civ., art. 1153.

(2) Cod. civ., art. 1154, 1155.

(3) L. 27, § 5, *de pact.*, L. 12, cod., *de poen.*

(4) L. 1, ff., *De his qui effud. vel dejec.*

*metu et periculo per itinera commeari.* Poco stante però afferma darsi l'azione in *factum* contro colui che è in colpa. Due sono pertanto e congiunte le ragioni, l'una a dir così oggettiva, la pubblica utilità, l'altra soggettiva, cioè la colpa; connesse però in guisa che la colpa è, per l'interesse pubblico, convertita in una presunzione di diritto tanto che non accade ricercare chi gettò o versò o sospese, se uno della famiglia, o un ospite, o un visitatore momentaneo, e, se più sono gli abitatori, si dà l'azione contro tutti, in solido (1). Base però di questa presunzione è il fatto negativo o la negligenza del padrone o dell'inquilino nel sorvegliare o educare la gente di casa.

Il simile deve dirsi del terzo dei suindicati quasi-delitti. Anche di questo ultimo Ulpiano dà ragione « *quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiæ eorum committere* ». E soggiunge, « *nec quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum; nam est in ipsorum arbitrio ne quem recipiant* (2) »: ragione pertanto anch'essa duplice, oggettiva e soggettiva. E benchè tali negozi abbiano a base un contratto di custodia o deposito verso i terzi, tantochè la responsabilità in questo caso, secondo la opinione di alcuni, viene fatta derivare da una convenzione *tacita* tra l'albergatore e il viandante (3); tuttavia, secondo la migliore teoria, questo è vero nel caso che i danni siano cagionati da estranei, come da vetturali o viandanti (4), non quando il danno è causato dai servi o dipendenti del nocchiere o albergatore. In questo secondo caso si riferisce anche questa specie di obbligazione al genere dei quasi-delitti, e quindi la sua base morale dee ritrovarsi, come negli altri due casi, nella colpa personale, essendochè il nocchiere, l'oste, lo stalliere sono responsabili della scelta delle persone delle cui opere si servono nell'esercizio del loro mestiere, ed è giusto che « *mala electio eligenti noceat* » (5). Benchè poi siano essi tenuti anche pel fatto di persone estranee al servizio della loro nave, osteria o stalla, per es. del furto commesso anche da terzi (6), come anche il padrone di casa risponde del fatto di estranei

(1) Ivi, § 10 e L. 2, et. 3.

(2) L. 1, § 1, *Nautae*, etc.

(3) Dalloz, *Respons.*, 497, 498, 499. Vedi cod. civ., art. 1866, 1867.

(4) L. 1 pr., § 1 e L. 2, 3, § 1 e L. 5, D. *Naut. caup.*

(5) § ult. Inst., *de obl. quae quasi ex del.*

(6) L. 1, § 3, L. § 3, 1, 2, L. 7, § 1, 2, ff., *Naut. caup. L. un. adv. naut.*

commesso nella casa (1), ciò non vuol dire che si tengono responsabili delle altrui colpe, sempre essendo essi rei di non aver meglio sorvegliato i luoghi del loro esercizio. Il che è si vero che se anche le persone medesime addette al loro servizio commettono furto fuori della nave o dell'albergo non ne rispondono (2).

È chiaro pertanto che la base morale del quasi-maleficio e della sanzione civile che gli è inflitta sta nel vincolo morale che lega al capo d'una casa o d'un albergo o simili le persone che vi sono dentro e che ne dipendono: vincolo il quale fa sì che come il capo risente i vantaggi e i comodi di quella comunanza, così pure ne debba risentire gl'incomodi e i danni (3). È una garanzia morale che egli deve di queste persone e di tutta insieme la casa o l'albergo o la nave ai terzi o alla società in mezzo a cui vive, per l'autorità che vi esercita e per il prestigio che spande su di esse il suo nome e che ne fa un tutto indivisibile di cui egli è capo.

In tutti questi casi il fondamento principale della obbligazione indiretta è la sorveglianza del luogo, piuttosto che la scelta della persona.

Ma questo principio e questa ragione, che è fondamento a questo genere di solidarietà, di cui si potrebbero moltiplicare gli esempi in diritto antico, intermedio e moderno, non si limitava presso i romani ai tre casi accennati e che sono dai comuni trattati riferiti come casi del quasi-delitto. La responsabilità indiretta è applicata ai mandanti pei fatti dei loro procuratori (4), all'esercitore d'una nave pel fatto del *magister, submagister* e d'altri subalterni, al padrone pe' fatti de' suoi operai nell'impresa condotta (5). Tutte le *actiones adjecticiæ qualitatis* sorgono da responsabilità indiretta per fatto di persone aventi con noi rapporto di potestà o anche di affari.

In tutti questi casi a sustrato della responsabilità indiretta verso terzi pel quasi delitto sta un contratto. Questo contratto, procuratorio, esercitorio, institorio è per lo più sul tipo della locazione

---

(1) L. 5, §, 4, ff. *De his qui effud.*

(2) L. 7, pr. ff., *Nautae*, ecc.

(3) Ulp., L. 1, ff. *De inst. act.*

(4) L. 5, pr. ff. *De trib. act.* Il principio *dolus procuratori nocet mandanti* non ha che fare però colla responsabilità indiretta ma colla contrattuale.

(5) L. 25, § 7, ff. *Loc. cond.*

d'opera o del mandato (1), bensì non fugace per un atto ma permanente per un'impresa o negozio, sia quello di esercitare una nave, sia quello di condurre un ufficio, un fondaco o un'altra industria, purchè si tratti di opera permanente e abituale « *institor ex eo appellatus est quod negotio gerendo instet* » (2). E come pertanto è indifferente al rapporto institorio che si tratti di un mandato gratuito o d'una locazione d'opera retribuita, anche questo non varia il tipo contrattuale che è quello di un incarico che colui, che non vuole o non può esercitare da sè, dà ad esercitare ad un altro con o senza mercede, ora si direbbe mandato salariato o gratuito.

Veramente il tipo institorio è nell'editto pretorio e nella giurisprudenza classica determinato in un'impresa *quæstuosa;* onde pel contratto del villico non si dava l'institoria *quia villicus propter fructus percipiendos, non propter quæstum præponitur* (3). Ma ciò perchè il fine di lucro importa necessità di contrarre per il preponente, non però a modo di diritto singolare ed eccezionale, poichè vediamo sovente concedersi l'*utilis exercitoria* o *institoria* e accomodarsi a casi vari e largamente: p. e. contro il pubblicano pei fatti illeciti del servo commessi nell'esazione delle imposte; contro il libitinario per il fatto del servo che spoglia i cadaveri (4). Un'azione si dava anche pe' fatti illeciti di un magistrato e specialmente *in nominatorem seu creatorem* (5) e persino contro il collega *si intervenire et prohibere potuit* e nol fece (6).

Tutto ciò forma non già uno *jus singulare,* come pare che vogliano assumere gli avversari di quella teoria (7), quasi poi i romani ammettessero che il diritto commerciale fosse un diritto speciale ed eccezionale come i moderni. Invece e l'istitoria e tutti gli istituti congeneri formano, per quanto ne sembra, un principio e una teoria intera della responsabilità indiretta. Ed è sempre quella della responsabilità presunta *ob utilitatem* di una persona pei fatti di un'altra quando questi fatti sono commessi nell'esercizio di una incombenza nostra propria e per nostro mandato espresso o tacito,

---

(1) L. 1, n. 18, D. *De exerc. act.*
(2) L. 3, ff. De inst. act.
(3) L. 5, ff. *De inst. act.* e L. 16, *eod.*
(4) L. 2 e 3, ff. *De publ.*
(5) L. 1, ff. *Ad munic.*, Cujac., *Ad tit. cod. de mag. conv.*
(6) L. 1, 2, ff. *De adm. rer. ad civ. pert.*
(7) Giorgi, op. cit.

col nostro nome, sotto la nostra autorità, coi nostri mezzi. Qui non è più soltanto la colpa presunta per la coabitazione, per la sorveglianza e la direzione immediata, per la solidarietà domestica o famigliare, e quasi per la materiale continenza di luogo: ma è qualche cosa di più largo, cioè la estensione della nostra garantìa e responsabilità a ciò che si fa anche fuori di casa nostra bensì a nostro nome, nel nostro interesse e col nostro prestigio *(quorum opera utimur)*. Qui non si rimprovera più al padre di famiglia che non sorvegliò o educò meglio le persone che vivevan in sua casa, ma solo che *talem præposuerit* o che *minus idoneum elegerit*. La qual ragione però non è fondata sulla sola colpa d'una nomina improvvida, perocchè la colpa di quella ammetteva la prova contraria, p. e. nel caso del nominatore (1), ma sopra un concetto della identità giuridica della persona, perchè *aliquatenus culpæ reus est quod opera malorum hominum uteretur* (2), e perchè *ejus auctoritas in causa fuerit quare delictum commissum sit*. Questa è la potissima ragione. È legge di naturale equità che chi causò per suo profitto danni, ponendo male persone in contatto cogli altri, compensi il danno a questi. Ed è quindi per il fatto stabile del preponente a differenza di quello che si direbbe *transitorio* del *nominator*, sempre presunta la colpa, senza che valga la scusa perchè il preposto *bonos mores mutet in malos*. È l'applicazione rigorosa del principio « *qui per alium facit* ecc. ».

Dalle quali cose discende necessariamente che non soltanto *contrahendo* ma ancora *delinquendo* l'*institor* obbliga il padrone e quindi la responsabilità institoria è doppia, cioè *contrattuale* e *diretta* pel contratto fatto in nome e rappresentanza del *dominus* e *indiretta* per colpa o fatto illecito commesso in occasione del negozio institorio, come se il servo del fornaio mandato a vendere il pane con facoltà di ricevere il prezzo si fa anticipare il danaro e se lo approprii (3) e (casi più proprii ancora) se l'allievo del tintore si piglia i drappi e fugge (4), e se il *libitinarius seu mortuorum sepultor servum pollinctorem habuerit isque mortuum spoliaverit*: ne' quali casi oltre all'azione del furto e dell'ingiuria

(1) L. 2, § 7, ff. *De adm. rer. ad civ. pert.*

(2) L. 5, § 6, *De obl. et act.*

(3) L. 5, § 9, ff. *De inst. act.*

(4) D. 1. 5, § 10.

contro il servo, si dà la institoria utile contro il libitinario (1); e infine se l'institore della farmacia *venena pro medicamentis vendiderit* (2). Così anche nell'esercitoria è tenuto l'*exercitor navis* pel furto commesso nella nave (3).

La teoria dei quasi delitti passò nella sua sostanza nel codice di Napoleone, ma con qualche modificazione. Da una parte i casi della domesticità, cioè della *effusio et dejectio* e della *positio et suspensio* furono generalizzati in ogni sorta di danni che si arrechino da persone della casa. Ma furono d'altra parte determinate le persone del cui fatto dobbiamo rispondere, cioè figli, pupilli, domestici e commessi, allievi ed apprendenti (4), sicchè non basta oggidì riguardare al luogo, ossia alla casa onde ci venga il danno. Si conservò ancora la responsabilità dell'imprenditore per gli operai (5), stabilita già nel diritto romano (6). D'altra parte fu vulnerato il principio della presunzione *juris et de jure*, e ammessa la prova contraria dell'impossibilità d'impedire il fatto che danneggiò (7), ferma però la presunzione *juris* che dispensa dalla prova della colpa a differenza di quella presunzione che è base del delitto civile e che dev'essere provata (8). Però una tal prova contraria non fu ammessa nel caso del padrone e del committente, ove rimase la presunzione assoluta romana. E il motivo fu che in questo caso la confidenza che accorda il committente è liberamente accordata, negli altri no. Ed è questa confidenza dal padrone o dal committente accordata per un suo profitto che è la causa del male. Fu questa la ragione del Pothier, questa la ragione che addusse il relatore della legge al tribunato (9).

---

(1) Ivi, § 8.

(2) *Voet. et pand. de inst. act.*, n. 4.

(3) L. 1, § 3, ff. *Furt. adv. naut.*

(4) Cod. civ., art. 1153, Fr. 1384.

(5) Cod. civ., art. 1644, Fr. 1797.

(6) Cod. civ., art. 1153, capov. ult.

(7) Cod. civ., art. 1151, 1152.

(8) È il caso del deposito necessario (art. 1863, 1867) degli osti ed albergatori: caso dell'esercitoria e del *receptum*, non più qualificato quasi-delitto, ma contratto, e dolo incidente. Che differenza passava tra l'*exercitoria* e il *receptum nautae?* Forse nessun'altra se non che l'azione del *receptum* si dava immediatamente contro il conduttore della nave, l'*exercitoria* contro l'armatore.

(9) Locré, t. vi, pag. 276, 280.

Però la giurisprudenza a costituire il rapporto di committente a commesso ricercò una ragione più grave che non quella della semplice libera scelta, cioè ricercò il vincolo di rappresentanza (1). Degli obblighi degli osti ed albergatori nulla fu cambiato (2), e per analogia del contratto esercitorio ed institorio furono essi applicati ai vetturini anche di terra (3). Ma restò sempre che tanto negli uni che negli altri la base giuridica dell'obbligazione *quasi ex maleficio* fosse la identificazione della persona del preposto con quella del preponente in virtù del contratto (4), e la base morale quella di una colpa o negligenza commessa, vuoi nella sorveglianza o nella educazione, vuoi nella scelta delle persone che vivono o agiscono sotto la nostra autorità e a nostro vantaggio, e il riguardo dovuto a coloro che seguirono la fede e l'autorità nostra.

Da questi cenni, che saranno svolti alquanto per quello che ci resta a dire sull'argomento, possiamo, quanto alla natura del rapporto institorio come fondamento dell'obbligazione *indiretta* per quasi delitto, concludere che come questo rapporto consiste in un mandato e in una rappresentanza della persona, e quasi in un'estensione della nostra autorità e fiducia personale ad un'altra, così la responsabilità che ne nasce non solo si estende a tutte le conseguenze dei fatti leciti da essa persona in nostro nome operati, ma a tutte le altre ancora di fatti illeciti commessi da essa coll'abuso del nostro nome, della nostra fede ed autorità, e ciò per un principio di equità e di diritto generale, razionale e positivo; esser giusto e naturale che ognuno risenta gl'incomodi di là onde ritrae i vantaggi, e che non sia impunemente per nostra causa e negligenza danneggiato chi trattò con noi o colle persone scelte da noi, collocate sotto la nostra autorità e agenti a nome e nell'interesse nostro.

Però non è da negare che quantunque i casi sparsi nel diritto romano e nel codice civile appariscono dominati da un principio comune generale, rimane sempre il dubbio se siano essi per legge positiva determinati, o no. Molti autori, e gravi, come Merlin (5),

(1) C. A. Bordeaux 31 luglio 1826 (DALLOZ, verbo *Louage*, n. 415, 2). V. *Contra*, LAURENT, XX, 571.

(2) Cod. civ., art. 1866, 1867.

(3) Cod. civ., art. 1629.

(4) Vedi la dec. della C. C. di Bruxelles, ap. BONASI, pag. 514 con nota.

(5) *Rép.*, v. *Délit*, n. 8.

Toullier (1), Rolland (2), Zachariæ (3), Chauveau ed Helie (4), Sourdat (5), Dalloz (6), sull'autorità perfino del Grozio (7), insegnano che derivando la responsabilità dalla legge, questa deve essere espressa e non indotta per analogia. La giurisprudenza avea superato questo ostacolo applicando già i rapporti del commesso e del committente a quelli dell'amministrazione coi funzionari. Ma non è però inutile, a nostro avviso, che una legge raccolga il principio stesso e lo esplichi poichè non tutti ammettono quel che ammette il Laurent, cioè che, sia pure la responsabilità dell'art. 1384 (1153) eccezionale, ma dacchè l'eccezione è stabilita in termini generali come è quella dei committenti, essa forma una regola (8).

### Art. 5.

*Se la responsabilità indiretta convenga ad un ente morale.*

Questa indagine non è dubbia: ma tuttavia non è inutile trattarla distintamente quando si sente annunciare in grosso e alla malora che lo Stato come ente di ragione non è responsabile dei delitti, e che è un'ignoranza parlare di doló e di colpa in fatto di ente morale; che un'istituzione, e specialmente quella dello Stato, non dà mai mandato nè diritto a' suoi funzionari di far male (9); ma sempre commettere s'intende ai suoi agenti *gerere diligenter;* il di più essere tutto proprio delle persone fisiche degli agenti medesimi ed esse solo doverne stare responsabili.

L'ente morale, è vero, ma sino a un certo punto, che sia creazione di legge, ente logico e finzione giuridica. Ha uno scopo reale, mezzi reali, e, quel che più importa, persone fisiche che lo rappresentano, persone fisiche che scelgono questi rappresentanti, e che sono soventi volte gl'interessati medesimi, quelli al cui bene e in grazia dei quali si compie la finzione logica e giuridica. La quale

(1) Vol. 11; n. 258.
(2) N. 11.
(3) Vol. 3, n. 447.
(4) Vol. 2, p. 298.
(5) Vol. 2, n. 753.
(6) Verb. *Resp.*, n. 500.
(7) *Droit de la guerre*, t. 2, p. 8.
(8) C. C. Parigi 14 giugno 1861 (Dalloz, 1861, 1, 453; Laurent, t. xx, n. 500).
(9) C. C. Parigi 7 maggio 1876.

a questo in conseguenza si restringe, a considerare le persone singole che compongono la società o l'ente *collettivamente* e come una cosa sola e indipendente dai singoli. Ma come il collettivo è il derivato e il composto del singolo, e l'astratto ha per base il concreto, così l'ente morale ha il principio della responsabilità giuridica in quella dell'ente fisico. Sola limitazione a questa è che l'agente non esca dallo scopo. Ma come è giusto e dalla legge concesso, che allo scopo, per cui è giuridicamente fatto dalla legge, l'ente morale pigli in prestito la volontà, l'intelligenza, il braccio della persona fisica; così è giusto che coi vantaggi porti i difetti di quella volontà e di quella intelligenza, cioè gli errori e le colpe. Se la legge sulla base della persona fisica considera che la volontà, la intelligenza del rappresentante siano volontà e intelligenza dell'ente, conseguenza ne è questa che la moralità del rappresentante sia pure moralità dell'ente. Non si comprende perchè quando il rappresentante contragga per l'interesse del rappresentato, la finzione della identità delle due persone valga; quando invece danneggi un altro per l'interesse stesso, la finzione sparisca e resti in causa il solo rappresentante non più rappresentante.

Ma questi non ha mandato a danneggiare, si dice, perchè ciò eccede lo *scopo* della *finzione;* e qui è a parer nostro l'equivoco. Lo scopo dell'ente, come il mandato del rappresentante, è non il *far bene,* ma il fare, l'operare, il vivere, una missione da compiere. A raggiungere la quale è mestieri di muoversi, di agire in direzioni diverse e libere. Questo moto, quest'azione libera e larga verso lo scopo, è e deve essere come tate sempre morale, quindi sempre responsabile. Se in questi movimenti la volontà operante devia dalla linea retta, e negli aberramenti lede l'altrui diritto, la volontà ha obbligo a risarcire, come quando ha contratto, ha obbligo ad adempiere. E codesta volontà in tutte le sue aberrazioni è e deve intendersi propria dell'ente, perocchè è nella sua natura e pel suo scopo e per l'interesse suo quell'operare e quel muoversi. Tracciare una linea e distinguere gli andamenti dalle aberrazioni, il fatto buono dal cattivo, vale veramente dividere quello che è indivisibile, il comodo e l'incomodo, vale creare un ente non giuridico, cioè giusto, ma parziale e privilegiato. E tale non è certo l'intenzione della legge, la quale quando dice *vivi* ad un ente, gli dice: vivi, ma a condizione d'entrare pienamente e senza parzialità nella vita giuridica per quanto si riferisce allo scopo cui s'indirizza e pel quale lo crea.

Se la scusa del *diligenter gerere* valesse, varrebbe anche per qualunque *dominus* inverso del suo institore o procuratore. Eppure non vale. Si replica: il *dominus* è colpevole e responsabile d'una mala scelta, e questa è colpa personale di cui l'ente non è capace. Ma, si risponde, dacchè qualcuno per l'ente morale, e in sua rappresentanza deve avere scelto l'agente, anche la colpa di questa scelta deve presumersi che la legge abbia voluto all'ente imporre; perchè è inseparabile dallo scopo il fatto di codesta scelta. La colpa che serve di base ad un quasi maleficio, cioè alla mera responsabilità civile del fatto altrui, noi lo vedemmo, non è colpa positiva, deliberata nello stretto senso morale d'affetto dell'animo, è una lontana omissione di una diligenza imposta *ob utilitatem publicam* dalla legge, e che, indipendentemente da questa, non sarebbe moralmente apprezzabile. Un esempio che illustra questo concetto sarebbe la responsabilità per certe contravvenzioni d'ordine politico o edilizio che incorre, puta, un proprietario di case, ed anche uno stabilimento privato o pubblico, caso ancor più grave che non la semplice responsabilità civile di cui trattiamo.

Ma v'ha una risposta ancor più diretta all'obbiezione della colpa. Ed è che la elezione, ossia la nomina degli agenti, è fatta sempre, in fondo, dagli stessi interessati, cioè o dalla stessa associazione, se si tratta di corporazioni, ovvero, se trattasi di fondazioni, dallo stesso istitutore o da colui al quale fu da esso affidata, onde questa nomina ha sempre per autrice prima la volontà individuale e personale di coloro nell'interesse dei quali l'ente vive ed agisce.

Nè val quindi la parità tra la colpa civile e il dolo, tra il quasi delitto e il delitto per gli effetti penali (poichè per i civili vi ha responsabilità anche pei delitti). Nel dolo e nel delitto v'è deliberata e riflessa volontà di violare la legge e di nuocere; è un fatto quindi che solo si crea nella coscienza individuale, e per questo solo reclama la espiazione morale di una pena, che non può avere menomamente rapporto allo scopo per cui l'ente ebbe dalla legge la sua giuridica esistenza: quindi, benchè commesso da tutti gl'interessati ad unanime consenso, il dolo, il delitto resta nella loro individuale coscienza e non affetta l'ente. Ma del quasi-delitto, della semplice omissione, e questa non provata, ma presunta dal fatto, bene è capace la coscienza collettiva, la maggiorità, i nominatori.

Della responsabilità indiretta dell'ente morale, pel danno dai suoi funzionari causato nell'esercizio delle loro funzioni, non fu mai se-

riamente dubitato. In diritto romano non è chiara la cosa. I principii così adeguati: « *refertur ad universos quod publice fit per majorem partem* (1) », l'altro sì saggio e sì comprensivo: « *municipes intelliguntur scire id quod sciunt hi quibus summa reipublicæ commissa est* (2) », e quello d'Ulpiano: « *æquum est sicut commoda sentimus ex actu institorum ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri* (3) », e l'altro: « *parvi refert ipse ordo elegerit (actorem) an is cui ordo negotium dederit* (4) », non potremo affermare in verità dalle fonti romane che si trovino applicati alla responsabilità dell'ente o dell'università per le colpe de' suoi amministratori. Certo il diritto indubitato che i magistrati municipali rispondessero dei danni o delle ingiurie (5), non esclude che potessero risponderne colla pecunia municipale. Se però non fosse così (6), non sarebbe da scandalizzarsene a tener conto del concetto incompleto e quasi rudimentale che dell'ente morale e della persona giuridica si avea non dirò dai giureconsulti romani (7), ma dai migliori interpreti ed autori del diritto intermediario e recente (8). Ma troviamo un principio superiore e che vale esso solo la regola della responsabilità indiretta per la rappresentanza in fatto di colpa, ed è quello che il dolo del procuratore nuoce al padrone (9), e quantunque dica Ulpiano: « *dolum tutoris vel curatoris nocere pupillo vel furioso non debere puto* (10) »; tuttavia anche nell'institoria il fatto dell'amministratore nuoce al pupillo (11); principio *a fortiori* applicabile agli amministratori delle comunità, perocchè la colpa della scelta de' suoi funzionari sarebbe meno concepibile in un pupillo che in un corpo morale. E il principio lo

---

(1) L. 160, *De reg. jurid.;* L. 3, 4, ff. *quod cujusq.;* L. 19, ff. *ad munic.*

(2) Pap., L. 14, ff. *ad munic.*

(3) L. 1, ff. *De inst. act.*

(4) L. 6, § 1, D. *quod. cujusq.*

(5) L. 32, ff. *De injur.;* L. 29, § 7, *ad leg. Aquil.*

(6) Vedi ancora per la responsabilità di magistrati per abusi la L. 3, § 1, ff. *quod met. cau.* L. 13, ff. *De per et comm.* Tit. cod. *De mag. conv.* Cujacius *in rubr.* L. 11, ff. *ad munic.;* L. 6, C. *De mag. conv.*

(7) L. 1, § 1, *quod cujusq. univ. nom.*

(8) V. De Luca, *De regal. disc.*, 181, u. 11; *De serv. disc.*, 43, 2, 6, 7 e 9.

(9) L. 5, pr. ff. *De trib. act. Vide tam.* L. 15, § 2, ff. *De dol. mal.*

(10) L. 3, § 2, ff. *De trib. act.;* L. 1, ff. *De dol. mal. et met exc.;* L. 14, § 5, *quod. met. ca.*

(11) L. 5, § 18, ff. *De inst. act.;* L. 1, § fin., *quod. ius.*

abbiamo pure nella responsabilità dei nominatori e dei colleghi (1), e nella dichiarata presunzione: « *quæ acta gestave sunt a procuratoribus Cæsaris sic ab eo comprobantur, perinde ac si ab ipso Cæsare acta sunt* (2) », e nel ditterio indi ricavato: « *factum ministri, factum principis* ».

Nella dottrina, lasciando da parte l'opinione di chi ritiene l'ente morale capace persino di delitti, come si può vedere nel Martini (3), nel Vosmaer (4), nell'Anton Matteo (5), nel Lauenstein (6), nel Malbilauc (7), nell'Huber (8), e come pensarono pure il Zachariæ, l'Haubold e il Feuerbac, confutati dal Saviguy (9); egli è certo che la responsabilità per quasi-delitto ammettono il Sourdat (10), il Dalloz (11), l'Haus (12), il Pessina (13) e il Tedeschi (14), e l'ammisero giudicati moltissimi dei tribunali stranieri e nostrani (15).

Così fu deciso che una società in accomandita è tenuta per le manovre fraudolenti del suo gerente (16). Odasi l'Haus (17): « Si la » responsabilité pénale est individuelle, la responsabilité civile peut » être collective. A la vérité, l'obligation de réparer le dommage » que l'on a causé par soi-même ou qui a été causé par ceux dont » on doit répondre, suppose aussi la culpabilité de la personne » obligée. Mais cette responsabilité des êtres juridiques est une con- » séquence nécessaire de leur personification. En effet, si la com-

---

(1) L. 11, ff. *ad munic.*; L. 1, 2, cod. *quo quisque ord. conv.*

(2) L. 1, ff. *De off. proc. Caes.*

(3) *Cellect. dissert. crim.* Jenae 1822, dis. 10.

(4) *Doct. de imput. ad delicta univ. applicata.*

(5) *Comm. De crim.*, p. 892 e seg.

(6) *Diss. de univers. non delinq.*

(7) *Observ. quoad. delict. univ.*

(8) *De univ. delinq.*

(9) *Sist. di dir. rom.*, C. II, § XCIV.

(10) *De la respons.*, p. 2, l. 1, c. 8, n. 1030, 1032.

(11) *Répert.*, V. *Responsabilité*, n. 255, 267, 638, 665, 670, 671 e seguenti.

(12) *Princ. génér. de droit pén.*, 229.

(13) *Elem. di diritto pen.*, l. 2, c. 3.

(14) *Dei corpi morali*, c. 5, sez. 1, § 4.

(15) Tra gli altri C. C. Bruxelles 12 marzo 1833, 9 gennaio e 2 maggio 1845 citate dall'Haus — C. A. Bruxelles 31 luglio 1844 (app. Haus) — C. A. Liegi, 11 giugno 1846 (ap. Haus) — C. C. Torino 30 giugno 1876 (*Giurispr.*, XXIX, 1. 87 notevole).

(16) C. C. Parigi 15 gennaio 1877 (ap. Dalloz, loc. cit.).

(17) Loc. cit.

» munauté peut acquérir par ses représentants, elle doit aussi pour
» former une personne être capable de s'obliger, et si sa capacité
» de s'obliger par un contract est souvent limitée, celle de s'obliger
» par un délit ou un quasi-délit ne pourrait l'être. Aussi lorsqu'en
» agissant dans le cercle de leurs actions les représentants de la
» communauté ont décidé les mesures préjudiciables aux intérèts
» notamment aux propriétés d'autrui, la communauté est obligée
» de réparer le dommage causé. Les personnes juridiques sont en
» outre civilement responsables des délits commis par leurs agents
» dans l'exercice de leurs fonctions qui se rapportent à cet exer-
» cice ». E tuttodì sono le società e gli stabilimenti pubblici condannati ad ammende o multe per contravvenzioni alle leggi di edilità, di polizia, d'igiene commesse dai loro agenti nell'amministrazione delle loro proprietà urbane e rustiche, pei ritardi ed omissioni nell'adempimento dei carichi pubblici.

Obbiettava già il procuratore generale Merlin (1) la legge 45, § 1 ff. *de dol. mal.*: « Sed et an in municipes de dolo detur actio?
» Et puto ex suo quidem dolo non posse: quid enim municipes dolo
» facere possunt? Sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum qui
» res eorum administrant, puto dandam. De dolo autem decurionum
» in ipsos decuriones dabitur de dolo actio ». Ma la glossa aggiunge che l'interrogativo significa, nel linguaggio dei testi, rarità, non impossibilità, e che le università possono *possessionem apprehendere* (2); *metum inferre* (3), anche colla forza. Ma dal dolo poi vi ha differenza alla colpa, essendochè quello è di sua natura personale, incomunicabile, questa comunicabile e collettiva, come già sopra si dichiarò. E noi vedemmo già (4) che i corpi morali ed anche le pubbliche amministrazioni possono contrarre persino responsabilità diretta con loro fatti colposi, positivi o negativi.

ART. 6. — *Se la responsabilità indiretta convenga alla natura specifica dello Stato e delle altre pubbliche amministrazioni.*

Noi arriviamo al vivo della questione, e cioè al lato che risguarda il diritto pubblico e dove più ardua ferve la lotta. Noi crediamo

(1) MERLIN, V. *Responsabilité des communes*, § III.
(2) L. 2, ff. *De acq. poss.*; L. 4, ff. *De vi et vi arm.*
(3) L. 3, § 1, ff. *Quod. met. caus.*
(4) Tit. 1 di questo capo.

che la responsabilità indiretta si convenga allo Stato, come ad ogni altro ente giuridico senza distinzione di rappresentanza, poste soltanto le condizioni che si riferiscono alla indole del rapporto institorio, non alla qualità delle funzioni dello Stato: dalle quali può accidentalmente venire determinata o esclusa l'applicazione delle condizioni, non mutato il principio.

Lo Stato, essendo la vita collettiva della nazione ordinata e rappresentata giuridicamente a tutela dell'ordine e della giustizia, ed altresì allo svolgimento morale, intellettuale ed economico in quanto possa essere raggiunto dall'azione collettiva (1), ha regole sue proprie e speciali, moderatrici dell'azione sua verso il suo fine, formanti quindi un ramo di diritto legislativamente ed anche scientificamente distinto, ma che non per questo forma meno una sfera giuridica, come quella di ogni altra libertà privata, la quale non può essere trasgredita senza che sia luogo alla riparazione del diritto offeso, che appartenga ad altra quale che sia persona pubblica o privata. Il diritto pubblico non è già una sfera d'immunità e di inviolabilità, un'antitesi del diritto privato. È un ramo o un'applicazione del diritto ai rapporti dello Stato, che soggiace quindi, come ogni altra essenza giuridica, alla condizionalità della coesistenza ed armonia di tutti i diritti. Il principio che non v'è diritto contro diritto, vale per tutto il campo giuridico.

Ne segue che lo Stato, libero anche esso dentro la sua sfera, sia pur lata della sua azione legittima, se la passa ed offende il diritto altrui, deve ripararlo. Ciò significa il gran principio della eguaglianza dei diritti. Qui non v'ha luogo a distinzione di personalità, nè di funzioni, nè di scopi. Il principio della responsabilità per lesione di diritto è assoluta. Una restrizione o eccezione sola lo distruggerebbe. Potrebbe supporsi il privilegio dello Stato quanto lato si voglia, potrebbe andarsi fino al concetto del più gran dispotismo, che il principio non sarebbe per questo mutato; cambierebbe di posto e di estensione, ma non di natura. Agisca pure lo Stato nelle sue funzioni di governo e di polizia, agisca pei suoi fini economici, agisca per un'impresa privata, quella regola lo segue dappertutto. Potrà in fatto di quelle sue prime funzioni aver maggior larghezza di movimento, maggior libertà di azione: se vuolsi, maggior privilegio; meno nelle seconde, meno ancora nelle terze

(1) V. sopra sez. 1, cap. 3.

funzioni; ciò sarà questione di fatto e di limiti, ma non di principio. Poichè un limite pur ci deve essere, s'egli lo varca, la responsabilità è la conseguenza inevitabile della sua trasgressione.

Non è dunque lo Stato a parlar propriamente che è irresponsabile, ma il diritto solo. Lo Stato, per quanto apparisca come il *primo giuridico*, non lo è se non in quanto incarni o partecipi il diritto, il che avviene pienamente nell'attributo legislativo e nel giudiziario. Avviene pure nell'esecutivo, considerato nel suo fastigio o sovranità pura e piena perchè incarna il diritto, non così nella sua effettiva realizzazione ed esecuzione, perchè questa facendosi anch'essa nella legge e per la legge, fuori di essa diviene un non diritto, che è quanto dire diviene responsabile.

E di qui si raccoglie come codesta così pronunciata distinzione o antitesi del diritto pubblico o privato non sia se non la riproduzione sotto forma moderna dell'antica formula dispotica della onnipotenza, della irresponsabilità, della impeccabilità dello Stato. Lo Stato è ed opera per mezzo dei suoi rappresentanti costituiti storicamente e costituzionalmente, e questi operano per mezzo di agenti subalterni. Ciò è necessità della sua natura e della sua missione. Ma appunto per ciò è necessitato, esso lo Stato, a dovere per mezzo di questi spiegare la vita sua nel campo giuridico e nelle condizioni generali del diritto; fondamentale tra tutte questa: che il fatto giuridico dei rappresentanti sia il fatto suo, che per essi lo Stato acquisti e perda, agisca e subisca, danneggi e ripari il danno. Il principio della rappresentanza conduce necessariamente alla conseguenza della responsabilità non solo diretta, ma indiretta dell'amministrazione pubblica. In ciò questa è alla pari di ogni altro ente morale. La ragione di ordine e di diritto pubblico non altera punto questa conseguenza, perchè essa discende non dalla qualità e dallo scopo di un diritto, ma dalle condizioni essenziali del diritto stesso.

Se infatti lo Stato può sussistere, cioè se può stare e svolgersi questa vita collettiva che nello Stato trova la sua unità rappresentatrice e regolatrice, se gli è dato con ciò di raggiungere l'alto fine della sicurezza, dell'ordine, della garanzia universale del diritto, del maggior benessere sotto tutte le forme, esso, e diciam pure *noi*, lo dobbiamo a codesta rappresentanza, a codesta fizione o comunicazione di facoltà che la privata persona fa a tutti. Onde viene che codesta persona, cioè il magistrato, alla sua volta scom-

pare nella sua personalità individuale e si presenta allo aspetto e alla realtà della vita ingigantita ed armata dal prestigio di tutta l'associazione, circondata dalla sua somma autorità, forte della sua forza, che è la forza riunita di tutti. E se con tali mezzi e potenza delicata e pericolosa operando a' fini collettivi, ma sempre sul campo inevitabile del diritto, aberrando da questo o abusando delle proprie facoltà, che è il medesimo, offende i diritti di una persona privata, non è forse nelle stesse condizioni di un privato che lede i diritti altrui coll'opera di agenti infedeli, ma col prestigio del suo nome, della sua autorità e della sua fede, ed è quindi coll'autore del fatto responsabile di tale offesa, perchè colpevole di una scelta mal fatta o a tempo non riparata?

Conclusione: lo Stato o qualunque amministrazione pubblica in qualunque modo e per qualunque fine operante, se leda i diritti altrui per opera di persone alle quali sono affidati gl'incarichi che esso deve compiere per proprio interesse, trovasi sotto il principio del rapporto institorio, e deve risponderne. Se tale possibilità di lesione di diritto e quindi responsabilità si verifichi in tutti i casi, sarà questione speciale che si riferisce alla materia delle condizioni, e di ciò si parlerà in appresso.

Poste queste nozioni generali, non solo ci pare dimostrata la tesi in genere, ma confutate le argomentazioni avversarie, sia della teoria assoluta della irresponsabilità, sia della teoria distinguente. Tolte infatti quelle obbiezioni che si riferiscono allo Stato considerato solo come ente morale, e di cui ci occupammo sopra, le obbiezioni che si attengono alla specifica natura dello Stato come tale si riducono a queste: non potersi applicare allo Stato il rapporto civile della responsabilità institoria, perchè manca il presupposto della duplicità delle persone che per fizione giuridica si compenetrino nel rapporto institorio per l'effetto della responsabilità, anzi manca la dualità del danneggiante e del danneggiato, perchè esso agisce sul campo del diritto pubblico per mandato necessario, per dovere sociale, e per interesse pubblico talchè la responsabilità dello Stato verso i terzi offesi si ridurrebbe ad un reclamo de' cittadini contro se stessi.

La prima obbiezione, che consiste nel negare la duplicità della persona necessaria a costituire un rapporto institorio, presuppone che o lo Stato non sia persona, o che la persona pubblica non sia capace di contrarre un rapporto giuridico. La obbiezione sarebbe

comune a tutti gli enti morali e basterebbe questo a mostrarne la fallacia. Essa ci riporta al concetto rozzo e primitivo dello Stato, che non vede se non il funzionario, e non discerne in questo il rappresentante di un ente diverso e per sè stante, cioè dello Stato. Che se poi intendesi che la persona pubblica in quanto specificamente tale non è capace di tale rapporto, ancor meno si comprende. Il rapporto anzi della rappresentanza, che lega il funzionario allo Stato e che è il fastigio dell'istituto del mandato, conduce a ritenere *a fortiori* la responsabilità indiretta perchè è la base morale e giuridica di essa. Il funzionario non solo è rappresentante, ma il rappresentante più perfetto, cioè l'organo dell'amministrazione. Nè basta. Se fosse vero che tra lo Stato e il funzionario vi avesse medesimezza e tale che una delle due persone sparisse, non si vede perchè in luogo di sparire il rappresentato, cioè lo Stato, non sparisca invece la persona privata del funzionario e così resti lo Stato unico responsabile. Il vero è che le due persone s'identificano *intra fines mandati* giuridicamente, ma nel resto rimangon distinte. Ciò avviene anche nell'institoria privata. Il funzionario, senza lasciar d'essere un cittadino, personifica e riflette lo Stato parzialmente, in una funzione, in un ufficio. Ma appunto da questa personificazione, effetto del rapporto giuridico della rappresentanza, scaturisce il fenomeno giuridico della responsabilità diretta e indiretta, come sopra fu dichiarato. Quanto poi a dire che questa responsabilità si riduce a quella dei cittadini verso se stessi, con ciò si confonde chiaramente la persona collettiva e le singole di cui quella si compone. Il privato singolo è responsabile anch'esso e personalmente delle colpe dei funzionarii, e ne paga lo scotto, e lo paga *qua civis* colle imposte, conservando poi indipendente la sua persona privata come uomo e i diritti del suo patrimonio particolare. Del resto di tale presupposto che nega all'amministrazione una individualità propria v'è traccia in qualche giudicato (1).

La distinzione poi del diritto pubblico dal diritto civile è inesatta e male applicata al caso: inesatta ed assurda anzi, se s'intende che la distinzione sia nel contenuto e nell'essenza anzichè nello scopo, ed estendasi fino a fare del diritto pubblico un diritto privilegiato e superiore. Non è poi vero scientificamente che le specie e figure del diritto privato non si attaglino al pubblico, te-

(1) V. C. A. Firenze 22 luglio 1868 (*Annali*, p. 204).

stimoni i contratti internazionali, le ambascerie, ecc. Lo stesso diritto di guerra ha formule e garanzie e procedure tolte dal diritto privato. Ogni diritto, sia pur di semplice protezione e tutela, ha per tipo un diritto sulle persone e sulle cose. Lo stesso diritto costituzionale della rappresentanza è in qualche senso un mandato. Così può essere che la *preposizione* pubblica sia un rapporto institorio. Il principio che i rapporti di diritto privato non siano da trasportare nel campo del diritto pubblico non è vero in senso assoluto, come altrove si provò, ma solo nel senso che il diritto comune non è da applicarsi ai rapporti regolati dal diritto speciale, perchè *in toto jure generi per speciem derogatur.* Sarebbe però da vedere se quello che noi diciamo diritto pubblico è tutto legge speciale, e se nel caso le leggi regolatrici dell'azione governativa dello Stato contengano in sè deroga o limitazione al principio della responsabilità dello Stato che pur non si dubita essere già consacrato nel nostro diritto civile.

Ma a prescindere da tale questione certo è che la distinzione è male applicata. Imperocchè si confonde il diritto coll'abuso del diritto. Quando lo Stato o l'amministrazione si contiene nelle sfere del diritto, esso non è responsabile non già perchè agisce per diritto pubblico, ma pel principio generale che a niuno fa torto chi usa del suo diritto; ma quando ne esce, egli non solo è fuori del diritto pubblico ma fuori di ogni diritto, nè può più invocare la garanzia di qualsiasi legge, ma deve invece sottoporsi all'obbligo supremo ed assoluto del risarcimento.

La seconda obbiezione, che lo Stato opera per mandato necessario e deputa i suoi funzionarii per dovere e per necessità della sua missione, non ha maggiore efficacia giuridica. Essa riguarda i motivi e le origini del mandato che dà a suoi funzionarii, ma non tocca punto la sua natura e i suoi effetti. La distinzione infatti se il committente deputi per un fine necessario e doveroso o semplicemente volontario e di comodo non ha veruna influenza sulle conseguenze giuridiche del rapporto nascente dalla preposizione sia tra preponente e preposto, sia tra preponente e terzi interessati. Non v'ha alcuna ragione infatti perchè chi prepone per necessità o per dovere sia scusato dalla diligenza nella scelta o nella sorveglianza delle persone; anzi ve n'ha una di più perchè debba adoperare una diligenza maggiore. Se la nomina del rappresentante dello Stato è condizione della sua esistenza giuridica, ap-

punto per questo, si notò già, deve esso subirne tutte le conseguenze e correrne i rischi. La circostanza dell'essere volontario od obbligatorio il mandato per parte del mandatario potrà essere una considerazione nel calcolo della negligenza o della colpa del mandatario stesso (1), ma per parte del mandante, qualunque sia la ragione soggettiva che lo induce o determina a mandare, non mutano le sue obbligazioni.

Quando poi si dice che l'amministrazione non dev'esser responsabile perchè il funzionario esercita una funzione sociale in virtù della legge, e quindi un dovere proprio, non impostogli dal mandato dello Stato, si confonde stranamente il mandato generale della legge a nominare impiegati col mandato speciale del governo che nomina l'impiegato. La volontà generale e ipotetica della legge che vuole siano nominati certi funzionarii non dispensa punto, ma anzi aggrava l'obbligo dell'eligente e del nominante a fare una buona scelta e una buona nomina di chi deve indossare la divisa autorevole dello Stato.

Anche l'altra difficoltà che si trae dall'operare lo Stato per l'interesse pubblico e non pel proprio si riduce a un semplice errore logico; quasi l'interesse pubblico di fronte allo Stato non fosse proprio dello Stato medesimo: quasi lo Stato nella sua realtà concreta si concepisca operare per un interesse che è fuori di sè. L'interesse pubblico è il fine proprio dello Stato, come l'interesse mio privato è il mio fine. Nè quindi quando pur dalla natura dell'interesse potesse desumersi ragione di differenza, ve ne sarebbe veruna per esimere lo Stato da quella responsabilità che ogni altra persona incontra quando dà altrui un incarico per un interesse suo proprio. Sicchè la obiezione si riduce a confondere il fine e l'interesse dello Stato con quello dell'individuo, la persona collettiva colle persone singolari, confusione che sembrerebbe oramai impossibile eppure ricorre sì sovente anche ne' migliori, taluno dei quali vedemmo affermare che la responsabilità dello Stato si riduce alla responsabilità dei cittadini verso sè medesimi. Certo lo Stato siamo noi, ma non ognuno di noi. Degli individui non lo disse che un re, e meno male.

Le cose dette, come notava, rispondono non solo alla tesi assoluta, ma alla tesi distinguente; provano che lo Stato è responsa-

(1) Arg. l'art. 1746, 1844 del cod. civ.

bile non solo in generale, ma anche quando agisca come persona politica. Ma la teorica della distinzione merita qualche speciale discorso che ci dà occasione di entrare un po' più addentro nello studio sulla natura dello Stato.

Di *distinzioni* non deve avervi penuria, anzi di esse si alimenta la scienza: ma prese come assolute e staccate dagli effetti son fonti precipue di danno, perchè le inesatte distinzioni sono in realtà vere e brutte confusioni. Vedemmo sopra come si abusi della distinzione fra diritto pubblico e privato. Vediamo ora come si possa abusare della distinzione, molto simile a quella, di persona politica e giuridica, cioè pubblica e privata nello Stato medesimo.

Lo Stato, per quanto collettiva, è sempre una unità, cioè persona unica essenzialmente esistente ed operante per lo scopo del bene pubblico; unica nè più nè meno come la persona privata. Solo, come lo scopo si scinde in diverse qualità di beni, così anche le attività e funzioni dello Stato possono distinguersi, per comodità logica, o per certi effetti, allo stesso modo come si scinde in varie e parziali rappresentanze per necessità di governo. Ma, perchè l'azione dello Stato varia di direzione secondo gli scopi e sia pure di qualità e libertà di movimento, per questo distinguere nello Stato due persone o tre parmi astrazione ardita, logicamente inesatta e quindi giuridicamente pericolosa.

Gli antichi avevano già distinto l'*imperium* e la *gestio,* aveano detto che talvolta lo Stato *privatorum jure utitur;* il Grozio avea distinto lo Stato *ut integrum* e *ut pars integri;* il Romagnosi la ragione politica, l'economia, la civile. Ma ciò si riferiva all'azione, allo scopo, al diritto; alla persona no. In tempi di poca coltura del diritto pubblico può essere un progresso la distinzione di due persone, che vecchi forensi, come il De Luca, fecero per mostrare che lo Stato e il monarca possono essere talvolta responsabili. E il concetto può stare anche colla forma di sovranità assoluta che fa il diritto in ogni atto suo. Altrimenti la distinzione non è scientifica nè costituzionale, riferita al potere effettivo dello Stato. Non è dunque in principio scientificamente possibile distinguere la persona, non è scientifico, già lo dicemmo, distinguere una persona *pubblica* e una *privata;* una persona *politica* e una *giuridica.* Lo Stato è una persona e questa essenzialmente pubblica, perche operante sempre per uno scopo di pubblico interesse; direttamente o indirettamente sì, ma sempre per un interesse pubblico. Fuori della

rappresentanza dell'associazione, cioè del pubblico, fuori dell'interesse pubblico come scopo, lo Stato sparisce e la sua formula involgerebbe una contraddizione.

Nè meno errata e dannosa è la distinzione dell'ente politico dal giuridico nello Stato, quasi l'ente politico fosse fuori del diritto e si contrapponesse a questo (1). La distinzione antica *imperium et gestio; jure privatorum, jure publico*, non solo non adegua ma contraddice a questa della persona *politica* e *giuridica*, perocchè il dire che lo Stato agisce *jure imperii* o *jure gestionis*, usa *jure publico*, o *jure privatorum*, è supporre che v'ha una persona sola soggetto dell'uno o dell'altro. Il diritto investe tutta l'azione dello Stato e tutta la persona; quindi la personalità giuridica s'immedesima con tutte o almeno, se pure l'astrazione si vuol fare, accompagna tutte le personalità, ossia, e meglio, le funzioni e le azioni. Dove l'azione dello Stato è comune con quella dei privati, comune ne è il diritto e allora si può dire «*privatorum iure utitur*», dove se ne scompagna vi sarà uno *ius singulare*, uno *ius publicum* di eccezione, ma sempre un diritto il quale porterà la suprema indeclinabile sanzione, che, ecceduto e violato, sparisce, e dà luogo invece ad un obbligo, cioè di risarcire l'offesa del diritto altrui.

Lo scopo dello Stato che idealmente è il bene collettivo varia poi secondo le contingenze della pratica e della storia. Quindi la impossibilità pratica e teorica di distinguere gli uffici essenziali o primarii o proprii, e gli accidentali o secondarii o improprii dello Stato allo effetto di fissare quella tal persona pubblica o privata, politica o giuridica. Quando pur fosse idealmente possibile la distinzione, al diritto e alla legge non importerebbe nulla. Fu tempo in cui persino il diritto supremo della sicurezza era in mano dei privati, il diritto di punire, il diritto di reprimere. Poi fu ordinata

(1) È una petizione di principio negare la responsabilità dello Stato negli atti politici col dire che in questi non è persona giuridica, o, se anche val meglio, non la esercita (GIORGI, op. cit., 359). È da vedere appunto se, male o illegalmente esercitata la funzione politica, ci sia obbligo di riparare il danno; se obbligo c'è, la personalità ci dev'essere anco, se è vero che personalità è suscettività di diritto e di obbligo. Del resto il concetto di persona giuridica è in tale quistione non solo gratuitamente negato ed escluso per anticipazione, ma è per sè monco e rischiato, come già si dimostrò (sez. I, cap. IX, sez. II, cap. 3). Colla violazione del diritto la persona politica (se pur voglia continuarsi la finzione) sparisce e riappare la giuridica, che non cessò mai.

la vendetta pubblica, ordinati i giudizi pubblici, la sicurezza pubblica. Poi venne la tutela, la organizzazione del lavoro, poi le imprese economiche ma pubbliche, come i grandi lavori, le poste, i telegrafi, le ferrovie. Ciò è affare di storia. Ma quando la legge ad un determinato momento storico formula un ufficio di Stato, un bisogno o una funzione sociale considerandola come propria di esso, come necessaria al suo fine, come connaturale alla sua missione, il giurista non può fare distinzione e dividere o distinguere in proprii od improprii i diritti o gli obblighi che allo Stato derivano. Esso deve considerarli tutti come proprii dello Stato se non vuole creare esso criterii vaghi ed arbitrarii. E che tali siano infatti quelli che vanno ingegnosamente suggerendo gli autori, lo prova il loro imbarazzo, le contraddizioni in cui cadono nel determinarli, e di cui sopra demmo un saggio. Gli autori stessi confessano tale estrema difficoltà, pel nesso che dicono passare tra lo scopo essenziale e codeste secondarie imprese, fra la persona pubblica e la giuridica, essendo questa, come essi dicono, istrumento e mezzo dell'altra, e quindi ambedue in mille guise complicandosi ed intrecciandosi (1).

Non crediamo poi certo risoluta e nemmeno vantaggiata la questione dal criterio dato dal Giorgi (2), di vedere se l'atto di cui trattasi debba lo Stato compierlo da sè o possa lasciarne l'esecuzione ai privati per decidere che nel primo caso si tratta di atti di governo, nel secondo di gestione. Ma dunque condurre le vie pubbliche, o costruirle non è atto di governo, poichè può lo Stato forse affidarne la costruzione od esecuzione a privati?

A togliersi d'imbarazzo v'ha chi pur condannando la distinzione tra ufficii proprii ed improprii e pur volendo mantenere quella della doppia personalità parla d'un'assunzione di persona civile come di un fatto contingente e arbitrario che non ha o cui non assegna almeno ragione intima alcuna (3).

Meglio dunque era confessare la unità della persona e l'indivisibilità dello scopo ultimo, lasciando come indifferenti le gradazioni dei mezzi diretti o indiretti, come varietà che punto non influiscono a sapere se lo Stato sia obbligato o no per le lesioni che nello espli-

(1) Bonasi, n. 266.
(2) Giorgi, op. loc. cit., n. 360.
(3) C. A. Bruxelles 26 novembre 1831.

camento della sua vita giuridica gli accade commettere in modo più o meno diretto dei diritti altrui. Quale è il limite che separa la politica dalla gestione economica? che cosa è l'amministrazione se non l'attuazione dei principii politici, e la politica se non lo indirizzo alto e morale dell'amministrazione? E quanto alle conseguenze e alla equità giuridica della distinzione, domandiamo perchè avrebbe da essere giusto che lo Stato rimborsi un tributo, un debito di danaro o una perdita a un fornitore dell'esercito (1), ma non il danno per un tributo indebito di sangue, cioè per una coscrizione arbitraria?

La distinzione dunque non è vera, ed è indifferente agl'interessi del diritto. Un'importanza solo allora potrebbe avere, quando si provasse che lo Stato operando nei limiti della funzione d'ordine e di protezione per gl'interessi generali e politici non si diparte mai dal diritto, e quindi è irresponsabile. Ma oltrechè questo è tutt'altro, infelicemente, che vero in fatto, non farebbe niente alla quistione di principio, poichè non proverebbe già che il governo è irresponsabile dei quasi delitti, ma solo ch'esso come tale non può commetterne. E noi potremmo ammettere, come ammettiamo, che ciò sia difficile per la larghezza di cui gode lo Stato in certe funzioni, non che sia impossibile, e quindi codesta osservazione è inutile alla indagine del principio della responsabilità, ma solo utile a quella delle condizioni.

La questione della responsabilità indiretta non è essenzialmente diversa da quella della responsabilità diretta. Se lo Stato può violare un diritto contrattuale coll'opera dei suoi agenti, non v'è ragione perchè non possa violare un diritto extra-contrattuale col mezzo medesimo. Nella cerchia della sua vita giuridica, come può violare un contratto, così può offendere una proprietà da altro titolo quesita perchè ciò è inerente alla sua personificazione civile, ciò è accessorio alla stessa sua libertà di movimento e di azione. Se lo Stato non fosse responsabile che per l'ufficio bene adempiuto, che per il bene fatto, non vi sarebbe ragione che il fosse per un fatto illecito qualunque, sia che questo avesse violato un contratto sia che avesse offeso un diritto dipendente da altri titoli. Anche per quella prima violazione lo Stato potrebbe dire: « io detti il mandato solo a *bene et diligenter gerere* ». Se dunque si ammette, e niuno certo lo nega, la responsabilità diretta delle amministra-

(1) C. Limoges 2 marzo 1859 (Bonasi, n. 266).

zioni per dolo o colpa contrattuale, è necessario ammetterla per colpa acquiliana. Le due cose sono connesse. E la logica infatti condusse a negare la responsabilità contrattuale, per avere ammesso in principio la irresponsabilità per quasi-delitti: prova la controversia delle sottrazioni dei cancellieri.

Havvi anche un argomento *ab absurdo.* Ammesso il principio della irresponsabilità dello Stato per le funzioni politiche, è finita ogni responsabilità di esso pei fatti qualunque siano dell'amministrazione, sia pure nell'ordine economico. Infatti la nomina dei funzionarii è atto supremo della politica di governo, quindi irresponsabile, e lo affermano tutti i difensori delle tesi alla nostra opposte, ed è giusto. Ma se lo Stato non è punto responsabile degli atti che fa come governo, manca dunque ogni base di responsabilità agli atti di ordine economico. Questi atti intanto possono riverberare la responsabilità sopra il governo in quanto che può questo essere responsabile pel fatto della nomina e creazione degli ufficiali: il che è suprema condizione di ogni responsabilità indiretta institoria. Dunque la distinzione fra i due ordini di atti per gli effetti della responsabilità civile pei fatti illeciti dei funzionarii, cioè della responsabilità per quasi-delitto, non ha ragione d'essere, perchè la responsobilità dello Stato come governo pel fatto della nomina dei funzionarii tronca ogni anello giuridico di congiunzione tra i fatti di questi e il fatto dello Stato.

Dunque l'ammettere che fanno il Bonasi ed altri la responsabilità dello Stato pei fatti dei doganieri nel sequestro o deposito di merci, dei cancellieri pei depositi giudiziarii, degli agenti fiscali per le imposte, degli ufficiali postali o delle ferrovie per le sottrazioni o ritardi o altri incidenti ferroviarii, è semplicemente una inconseguenza. La ragione di tale responsabilità non sarebbe il contratto, ma il quasi-delitto di una cattiva scelta. Ma questo è atto governativo e irresponsabile. Dunque a ragione il Gabba e gli altri sostenitori della irresponsabilità in principio combattono la distinzione della duplice persona dello Stato. Se non che essi s'incontrano poi negli stessi argomenti con cui la distinzione si confuta, perchè con gli stessi argomenti ancora si combatte la irresponsabilità in principio, non essendovi nè nella natura dell'ente morale, nè in quella dello Stato ragioné onde la responsabilità *a priori* si escluda.

La conclusione dunque è: o responsabilità per tutti o per nessuno dei fatti illeciti. Ma non basta. Se lo Stato è irresponsabile per la

ragione della funzione politica, perchè dovrebbero essere responsabili i funzionarii quando agiscono in quella qualità? Non sono i funzionarii il governo stesso secondo i fautori della irresponsabilità, tanto che non si distinguono più le due persone? Eppure la loro responsabilità in tali fatti si ammette (1): ma è una pura inconseguenza. Quindi il dilemma va collocato così: o responsabilità del governo sempre, o sempre irresponsabilità e del governo e dei suoi rappresentanti.

Si oppongono ragioni politiche; la immensità, fra le altre, della responsabilità. Ma fu riposto che alla immensità della responsabilità corrisponde quella dei mezzi morali, intellettuali, materiali, onde lo Stato dispone: che la responsabilità mentre guarentisce l'individuo, che è in fondo il supremo fine dello Stato stesso, eleva e purifica la coscienza del funzionario, è stimolo educatore dell'autorità suprema nell'esercizio della delicatissima funzione elettorale delle cariche che è il più grave còmpito e il più severo tra i doveri dei capi delle amministrazioni. Lo stato si faccia garantire dai funzionarii alla sua volta. Aggiungiamo che la vastità delle conseguenze è limitata dalle stesse condizioni richieste. Infine diciamo che, per non uscire dalla nostra sfera, il timore delle conseguenze, il calcolo del dispendio finanziario, è indagine propria di politici, degli uomini di Stato, dei legislatori. Se essi credono che sia spediente per ciò uno *ius singulare*, ed essi lo stabiliscano. A noi basta che le ragioni generali del diritto nol consentano.

Ed aggiungiamo che fino qui la legge costituita non stabilì per lo Stato diritto così fatto. Quando la legge 20 marzo 1865, così detta del contenzioso amministrativo, abolendo ogni giurisdizione privilegiata per l'amministrazione, disse suscettibile questa di esser

---

(1) C. C. Bruxelles 31 luglio 1845: caso di un ingegnere del genio civile che tagliò alberi di un privato. — C. A. Liegi 30 aprile 1846: caso di un animale ammazzato per prescrizione sanitaria illegittima. — C. A. Bruxelles 2 agosto 1847 e C. A. Firenze, causa Caporali 10 luglio 1849: d'un arrestato per debiti rilasciato illegalmente. — C. C. Bruxelles 13 gennaio 1848: d'arresto arbitrario. — C. A. Casale 18 novembre 1871: d'una riscossione d'imposta non iscritta e senza forme. — C. C. Bruxelles 20 febbraio 1833: di materiali appresi da un sindaco per costruire una strada. — Bruxelles 11 novembre 1835: di alberi privati appresi c. s. — C. A. Limoges 2 marzo 1859: di costruzione illegale. — C. A. Chambéry 22 febbraio 1830 (*Bettini*, 1858, 2, 2289): di un corso privato d'acqua distratto. — C. C. Parigi, 13 giugno 1843: d'un arbitrario turbamento di possesso. — Tutte citate dal GABBA.

chiamata in giudizio ogni volta che fosse questione di diritto leso, sia civile, sia politico, non stabilì solo una regola di competenza, ma di diritto. E siccome le lesioni di diritto non sono solamente quelle d'un diritto quesito per contratto, ma di un diritto comunque quesito e comunque leso, non esclude che l'amministrazione fosse ricercata anche per diritti offesi da atti ingiusti dei proprii funzionarii e rappresentanti.

Si vide già quali scrittori e giureconsulti sentenziassero per la indistinta responsabilità. Questa teoria arriva alle stesse conclusioni di quella da noi difesa, e non ne differisce se non in questo, che non fa distinzione tra responsabilità diretta e indiretta, e entrambe riduce a un capo solo. In ciò ha maggior semplicità dell'altra, perchè, se il fatto del funzionario è fatto dallo Stato, lo è tanto il fatto lecito che lo illecito, pel principio unico della rappresentanza.

Ciò come sintesi scientifica è vero, ma la legge e la prassi pone distinzione tra responsabilità contrattuale e quasi *ex delicto*, e mentre quella si considera come responsabilità incontrata per fatto proprio, questa invece per fatto altrui. Si può e si deve applicare tale distinzione anche alla persona dello Stato? La quistione parrebbe di concetto e di parole. Eppure per le conseguenze e per le condizioni più o meno rigorose giova non perdere di vista il concetto che lo Stato non riconosce già proprio per suo il fatto colposo, e non ne risponde come di fatto proprio, ma per garantìa dovuta delle malefatte dei suoi funzionarii inverso la società.

Del resto non sappiamo come il Chironi (1) trovi la sua dottrina differente dalla nostra in ciò che noi dalla regola dei funzionarii commessi facciamo eccezione pei magistrati o per gl'insegnanti. Ciò non è assolutamente esatto. Anzi fu combattuta da noi ogni distinzione a questo proposito (2). Noi conveniamo sempre nella sentenza

(1) Il sistema del Chironi (Colpa contrattuale, n. 210 e seg., Colpa extra-contrattuale, n. 233 e seg.) che ha trovato un posto egregio nella sua stupenda sintesi della *Colpa*, è tutto in questa proposizione, che lo Stato, persona una e sola, per i suoi fini di tutela o di azione, sia che agisca per fini o con funzioni politiche e sia amministrative, sia che incorra in una colpa contrattuale e che commetta un quasi-delitto, spiega e deve spiegare l'azione sua per opera dei suoi funzionarii e quindi sempre nella figura della rappresentanza o commissione, e quindi la resposabilità della colpa di essi, sia contrattuale, sia non contrattuale.

(2) Vedi vol. I, 2ª ed., p. 376, 377 *et passim*.

che tutti i magistrati son funzionarii e commessi e ciò nell'ordine politico come nell'amministrativo. La eccezione dei magistrati, o meglio la inapplicazione del principio della responsabilità alle sentenze dei giudici, ci veniva dalla teoria delle condizioni, in quanto cioè la sentenza non può essere di sua natura un fatto colposo, una violazione di legge, essendo il diritto stesso e la legge parlanti.

Concorda pure, mi pare, alla nostra la sua dottrina, in gran parte nella teoria delle condizioni: solo che il Chironi trascura quella che è per noi la prima, dell'*esser funzionario* l'agente che commette colpa. Condizione che va trattata a parte e non implicitamente perchè dà luogo a dubbii ed applicazioni, come mostrammo a suo luogo.

Non determinata ci pare poi e un po' confusa la condizione dell'*agire in esercizio delle funzioni,* che ora il Chironi prende per perfetta uniformità dell'atto alla legge, ora si contenta che l'atto sia *in occasione della funzione.*

Estranea poi ad una teoria scientifica organica è una quarta condizione, aggiunta dal Chironi, del non aver la legge *imposta la responsabilità* al funzionario: elemento di diritto arbitrario che non dovea trovar luogo nella sua teoria, ma che egli pur si credè costretto ad aggiungere per spiegare la esenzione degli atti giudiziarii e degl'insegnanti dalla responsabilità, esenzione che, come accennammo, poteva trovare assai più logicamente nella seconda condizione, cioè del *fatto colposo.*

In diritto romano la responsabilità del Cesare pei fatti del procuratore suo (1), la responsabilità dei magistrati per la cattiva scelta di un tutore non idoneo (2), per eccesso comunque commesso nei loro poteri (3), *si damnum injuria dederint,* e per le estorsioni dei loro ministri (4), quelle dei magistrati municipali pei fatti non solo diretti della propria amministrazione, ma eziandio di quella dei colleghi e dei nominati da loro, di che sopra si vide, provano il principio della responsabilità applicato ai rapporti di diritto pubblico. Ma codesta responsabilità indiretta non era, sembra, rigoro-

---

(1) L. 1, ff. *De off. pr. Cæs.*

(2) L. 3, § 1. *Quod. met. cau.;* L. 13, ff. *De per et comm.;* Legg. 1, 3, 7, 8, ff. *De mag. conv.* e L. 6 C. *eod.*

(3) L. 29, § ult. D. *Ad leg. Aq.* e L. 32, ff. *De injur.*

(4) L. 1, ff. *Ad leg. Jul. repet.*

samente institoria, dacchè al pretore, che non aveva nominato fidejussori idonei al pupillo, era ammessa la prova che questo fosse accaduto per errore dello scrivano (1).

Non si potrebbe poi affermare che i romani facessero risalire allo Stato, al comune in sè, la responsabilità dei fatti illeciti degli ufficiali pubblici. La responsabilità pel diritto romano sembra arrestarsi agli agenti diretti e ai *nominatores seu creatores, idest qui aliquem ad duumviratum vel aliquod munus publicum nominant, idest creant suo periculo, sua fide* (2); principio però fecondo e che logicamente conduce alla responsabilità dell'amministrazione stessa. Se il diritto romano non procedè oltre, di ciò fu causa il concetto incompiuto della personalità dello Stato e del *fiscus* o dell'*aerarium*, e la considerazione di esso non come unità, ma come coesistenza di uomini alla cui sicurezza sorvegliassero un principe e funzionarii nominati o no dai cittadini, agenti per conto proprio, per proprio ufficio, e senza idea precisa di rappresentanza. Gli abusi dei funzionarii incominciarono quasi al momento che alla repubblica era subentrato un principe e alla *voluntas populi* erasi surrogato il *quod principi placuit*.

I commentatori, i cultori del diritto romano pure videro la mutazione avvenuta nei rapporti di Stato e procurarono applicare gli stessi principii del diritto romano alla responsabilità pubblica. E vedemmo Grozio paragonare i magistrati ai *procuratores* e agli *institores* (3), e il Menochio, lo Strikio ed altri respingere la tesi della irresponsabilità del principe comunque agente (4); il Farinaccio ed altri ammettere la responsabilità dell'officiale pei fatti commessi dalla coorte; il Felino quella del vescovo pel fatto del suo officiale; Paolo de Castro quella della comunità pel fatto dei suoi agenti; il Wesenbecio quella dell'università o della prefettura pei depositi intercepiti dai loro ministri (5).

E se essi si fermarono dinanzi alla gravità delle conseguenze, alla difficoltà pratica di questa responsabilità applicata allo Stato inverso la moltitudine immane dei suoi agenti, fu la ragion poli-

(1) L. 6, C. *De mag. conv.*

(2) CUJAC., *Glos. ad* L. 2, § 7, ff. *De adm. rer. ad civ. pert.*

(3) *De jure bell. et pac.*, l. 3, c. 22, § 4. Vedi STRIKIO, *De oblig. princ.*, t. IV, p. 663.

(4) STRIKIO, loc. cit., n. 23.

(5) STRIKIO, loc. cit., n. 52 e seg.

tica che l'obbligò a tale inconseguenza e a cercare rifugio nelle distinzioni *si scienter proponant vel ignoranter*, e nel calcolo della colpa (1). Strikio distingue quando lo Stato sceglie di proposito un ignorante o un malvagio e quando l'impiegato abile e probo converte dipoi *bonos mores in malos*, e suddistingue quando lo Stato si accorge della mutazione e lo lascia al posto, o lo rimuove. Ma codeste accomodature snervano ed eludono il principio con tanto calore fondato e snaturano l'indole del rapporto institorio pur da tali autori ammesso e provato valorosamente (2).

Quanto a giurisprudenza forense, si vide già come essa non solamente ammetta la responsabilità dell'amministrazione per i fatti illeciti commessi dai funzionarii in quelle che gli oppositori chiamerebbero funzioni non essenziali o economiche come sarebbero quelle relative ad acque pubbliche (3), a lavori pubblici (4), ed altre proprietà pubbliche (5), a danni di strade (6), al corso pubblico (7), a vie ferrate (8); ma talvolta volontariamente e più sovente quel che più vale, involontariamente suffragò al nostro assunto e respinse la irresponsabilità dell'ente governo pei fatti illeciti dei suoi funzionarii agenti anche nei limiti delle loro funzioni politiche. Così fu ammessa la responsabilità nel caso di danni di guerra (9), di esercizi militari, di arresti arbitrarii, di atti violenti o di sottrazioni o abusi, e persino di omicidio o ingiusta procedura commessi nella polizia forestale (10); nella esazione delle imposte o ga-

---

(1) STRIKIO, loc. cit., n. 61 e seg.

(2) Per altre autorità dottrinali, vedi il voto di Pompeo Neri cogli autori e coi giudicati ivi allegati presso il MANTELLINI, *Lo Stato e il codice*, p. 132 e seg. e nota e sommario.

(3) C. C. Parigi 19 dicembre 1839, 27 agosto 1835 e 23 aprile 1844 (S. V. 44, 1, 712). V. LAURENT, t. XX, n. 430 e seg., 439 e seg.

(4) Cons. di Stato Fr. 19 dicembre 1839, 27 agosto 1835 (BONASI, p. 484; Vedi LAURENT, t. XX 432 e seg.).

(5) C. A. Tolosa 8 maggio 1863 — C. A. Genova 4 agosto 1868 (*Gazzetta dei tribun.*, 1869, p. 19) — C. C. Bruxelles 27 maggio 1852.

(6) C. C. Bruxelles 17 febbraio 1868 (DALLOZ, 1868, 1, 273). Caso rimarchevole di caduta in una trincea aperta per la costruzione di una strada pubblica.

(7) C. C. Bruxelles 3 giugno 1863 (DALLOZ, *Resp.*, n. 661).

(8) DALLOZ, *Resp.*, n. 663.

(9) Legge Belga 8 luglio 1791. Non però i danni eventuali di guerra guerreggiata (V. DALLOZ, v. *Place de guerre*, n. 133 e seg.).

(10) C. A. Grenoble 13 marzo 1835 (DALLOZ, *Resp.*, n. 642) — C. A. Aix 10 febbraio 1824 (DALLOZ, *Resp.*, n. 627) — C. C. Parigi 30 genn. 1833; 19 luglio 1826 (DALLOZ, loc. cit.) — D. 7 gennaio 1832 (DALLOZ, n. 255).

belle (1), nelle dogane (2), per trascurato regime delle strade ed acque pubbliche, in casi di protezione industriale, di depositi fatti presso l'autorità prefettizia (3), d'ipoteche male prese (4), di smarrimenti ed altri inconvenienti postali (5), salvo leggi e regolamenti legittimi in contrario. Che se molti esempi si riferiscono di atti di polizia e di guerra pei quali in Belgio, in Francia e in Italia fu ammessa la responsabilità dei funzionari, come nei casi citati del Gabba (6), non sembra doversene subito inferire che perciò fosse esclusa quella dello Stato, quando esso non era chiamato in giudizio, e molto meno che fosse avvisatamente e consultamente esclusa.

Dal vedere poi come non rade volte fosse questa responsabilità negata in casi di atti che non erano governativi sotto pretesto che tali fossero, come nei casi succitati d'imposte indebite, d'indebita apprensione di materiali, d'illegittimo abbattimento d'alberi, distruzione di corsi d'acqua, arbitrario turbamento di possesso, o dal vedere a quali inique conseguenze conduce codesta teoria anche nei casi in cui si tratti di atti veramente governativi, come fu il gratuito e impunito spogliamento d'un commerciante che da un contrabbando indebitamente contestato ebbe perduta la merce (7), devesi argomentare quanta più fosse la forza di un preconcetto che la saldezza di un principio (8).

Finalmente in fatto d'autorità ci si addita l'Inghilterra e l'America che non conoscono responsabilità dello Stato ma solo del funzionario. Fu già risposto che la ragione, per la quale i due paesi non hanno responsabilità di governo, è perchè governo strettamente detto non c'è. Ma ci fosse anche, il concetto ne è assai diverso. Nel concetto dello Stato inglese non v'è unità, non v'è personalità

---

(1) C. A. Napoli 23 febbraio 1869 (*Bettini*, 1869, 2, 114). Vedi Dalloz, *Resp.*, n. 643.

(2) C. A. Douai 18 dicembre 1839 (Dalloz, *Resp.*, n. 266.

(3) Arg. C. C. Torino 20 dicembre 1871: caso di un brevetto d'invenzione arbitrariamente sequestrato: arg. C. A. Firenze 18 aprile 1868 (ap. Gabba, p. 33).

(4) C. A. Brescia 29 agosto 1871 (ap. Bonasi, p. 500, 595).

(5) C. C. Torino 3 febbraio 1869 (*Mon. trib.*, 25 marzo 1866, n. 13).

(6) V. Dalloz, *Resp.*, 654. 662.

(7) Gabba, p. 32 e sopra allegati.

(8) C. C. Roma 31 luglio 1876 (*Legge*, ii, xvii, p. 31).

Vedi altre decisioni in senso contrario per atti governativi o economici delle provincie e dei comuni; ap. Bonasi, n. 281.

distinta dai cittadini e pure operante per loro interesse. Vi sono cittadini incaricati da cittadini a curare certi interessi sotto la loro personale responsabilità. La immediata e quasi individuale sorveglianza che essi esercitano sui loro amministratori fa sì che la colpa d'un abuso della gestione cada sopra di essi piuttostochè sulle autorità centrali e lontane. Diversissime poi le condizioni sociali, specialmente l'agiatezza del funzionario, che colle sue facoltà sole à idonea garanzia. E certo la conseguenza della irresponsabilità dello Stato dovrebbe essere l'obbligo della *cauzione* nel funzionario pubblico.

Rifiutata la tesi della irresponsabilità, è inutile occuparsi delle eccezioni che quella tesi ammette: le eccezioni rientrano nella regola. Ma perchè esse furono elevate da un ingegno meritamente celebrato al grado di criterii teorici, occorre soggiungerne un esame separato.

La prima eccezione che si fa pei fatti degli agenti militari è precisa ma non ci par vera. Un militare che per inavvertenza o per malizia rivolgesse i colpi sopra un pacifico cittadino non impegnerebbe la responsabilità dello Stato, non perchè quel militare non è in rapporto institorio collo Stato: lo è e lo è eminentemente, in che conveniamo coll'illustre autore, perchè è sotto la immediata dipendenza e direzione dell'autorità suprema; ma perchè manca la condizione della responsabilità institoria, che cioè il fatto sia posto nell'esercizio delle sue funzioni. Il che meglio si vedrà dalla teorica delle condizioni. Si può domandare poi se sia conseguente che lo Stato sia responsabile dei fatti degli agenti militari che dipendono dagli ufficiali superiori, e non lo sia per quella dei funzionari civili o amministrativi superiori e delle autorità supreme medesime.

La seconda eccezione della gestione interna d'ufficio degli affari privati ci sembra vaga. Nè è già vera come eccezione, ossia per la ragione speciale che in tali affari la persona del funzionario sparisce e resta un solo responsabile, l'ufficio cioè lo Stato.

Qui si vede come la eccezione distrugga il principio.

Non è dunque più vero che lo Stato come persona pubblica non possa essere un termine abile per costituire il rapporto institorio. Non è vero dunque che lo Stato non è più incapace di quasi-delitto. Lo è, anzi lo è secondo codesta teoria solo allora che si presenta come unità collettiva. Invece a noi ciò pare soverchio. Se

sotto l'unità collettiva non c'è una o più persone fisiche colpevoli e responsabili, davvero che non si concepisce più colpa e responsabilità dello Stato. Ma se la persona fisica ci deve essere e c'è, come si dice che rimane solo ed unico responsabile l'ufficio e la amministrazione astratta? Se la persona è ignota al terzo, non è ragione perchè la responsabilità si sposti da esso allo Stato innocente. Piuttosto che questo, meglio nessuno tener responsabile, se non vogliamo convertire il diritto di risarcimento del terzo offeso in un'azione *noxale* contro l'amministrazione *ad exhibendum nocentem servum* (1).

Da tutte le cose discorse noi inferiamo che nulla trovasi come nell'indole dell'ente morale in genere, così in quella specifica dello Stato, perchè questo possa essere dichiarato in tesi generale incapace di quasi-delitto e di responsabilità indiretta pei fatti de' suoi commessi e preposti, e neppure l'alta sua funzione politica è tale, se per essa avvenga che siano danneggiati i diritti altrui: che bene faceva quindi il recente progetto di legge ad accogliere il concetto largo di una responsabilità per ogni genere di funzioni, non solo di quelle che tengonsi economiche e di privata ragione, ma ancora per le altre quando ne fosse il caso (2).

Ma gli agenti dello Stato e in generale delle amministrazioni pubbliche sono essi sempre con loro nei rapporti di commessi e preposti? E quali sono le condizioni per le quali, essendolo, n'è l'amministrazione responsabile? Ecco quel che rimane a cercare: e dove l'aiuto degli studi è all'opera de' magistrati e de' legislatori ancora utile ed opportuno.

ART. 7. — *Condizioni della responsabilità indiretta delle amministrazioni pubbliche.*

Siccome il negozio della preposizione consiste essenzialmente nell'abituale opera che uno presta ad un altro da cui dipende, ossia in un servizio che colui che non vuole o non può per sè esercitare dà ad un altro ad esercitare a nome e per interesse suo, pel quale

(1) La teorica della responsabilità collettiva dell'ufficio fu esaminata e respinta dalla cassazione di Roma in causa Topi-Finanze, decis. 25 giugno 1878 (presso MANTELLINI, *Lo Stato*, ecc. pag. 149).

(2) Progetto Mancini presentato alla camera il 25 novembre 1876, art. 4.

incarico segue che il proponente è responsabile pei fatti non solo leciti ma ancora illeciti dal preposto commessi nell'esercizio stesso (1), così le condizioni dell'azione institoria si richiamano a queste: 1° un servizio affidato e da esercitare a nome del committente; 2° un fatto illecito che abbia arrecato danno ossia lesione di diritto; 3° che questo fatto sia stato commesso nell'esercizio dell'incarico affidato.

Perchè si verifichi la condizione prima non basta un mandato o un incarico dato qualunque, fugace e per un fatto solo, ma è necessario un mandato che abbia qualche cosa di stabile, importi una serie di atti, un'opera abituale, abbracci più negozi o un negozio continuato e complesso.

Altrimenti si avrebbe un mandato semplice o una semplice *locatio operarum*, ma non una preposizione. Egli è vero che anche il mandante risponde del dolo del suo procuratore (2), ma, come avverte la glossa (3), ciò avviene nel procuratore generale *et cum libera*, e poi nello stretto rapporto e per gli effetti soli contrattuali. Si aggiunga la pratica inapplicabilità del mandato semplice a' fatti illeciti, dacchè in quali casi, domanda il Laurent, avviene che il mandatario danneggi per abuso che faccia del mandato? Per aversi rapporto institorio è necessario che al mandato semplice si aggiunga l'idea della rappresentanza o delegazione di facoltà; il che non si concepisce se non in un ordine di atti diretti ad un negozio, ad un fine solo. Ciò viene dall'idea dell'*esercitoria* d'una nave, l'*institoria* o esercizio d'un fondaco o d'una negoziazione.

E di qui segue un secondo requisito, che cioè l'incarico sia da esercitare in nome e sotto la fiducia del committente *(fiducia magistratus)*. E in ciò è la ragione precipua della obbligazione e garanzia indiretta del committente per fatti colpevoli del commesso. Indifferente è poi, come già si avvertì, che l'incarico si affidi a titolo di mandato gratuito o retribuito.

Da queste norme seguita che non è tenuta l'amministrazione per il fatto dei suoi operai od appaltatori o fornitori ed altri condotti con mercede per qualche lavoro o servizio speciale (4), anche se

---

(1) V. sopra art. 4.

(2) L. *apud* § *quaesitum*, ff. *De exc. doli*. L. 5 pr. *De tribut. act.*

(3) Alla d. L. 5 pr. *de tribut. act.*

(4) C. C. Bruxelles 20 agosto 1847 (DALLOZ, 1847, 4, 421) e 10 novembre 1859 (DALLOZ, 1860, 1, 49) — C. A. Lione 20 gennaio 1863 (DALLOZ, 1863, 2, 199) —

col diritto di sorveglianza (1), salvo le obbligazioni che per altri titoli incorre l'appaltante o l'impresario per diritto comune in caso d'imprese che l'amministrazione conducesse per proprio conto (2), o per una propria negligenza od imprudenza (3). Così fu condannata ai danni una compagnia per la caduta d'un passeggiero in una trincea lasciata indifesa dall'appaltatore che era sotto la sorveglianza e direzione della compagnia (4). E bene per conseguenza fu ritenuto non responsabile il comune del fatto del pilota da lui mandato a guidare una nave in pericolo e che la fece andar nelle secche, perchè quel pilota non era un preposto a quell'incarico stabilmente e a nome e per autorità del comune, essendo il servizio di pilotaggio estraneo alle funzioni del comune e solo per un decreto straordinario incaricato il pilota di una sorveglianza nell'interesse dell'ordine e della polizia, dacchè lo Stato aveva abbandonato questa sorveglianza che ad esso incombeva (5).

Ma allorchè si tratti di ufficiali o funzionari stabili ordinati disciplinarmente e gerarchicamente che compiono funzioni alte o basse, nobili od umili, nell'interesse e a nome dell'amministrazione e sotto la sorveglianza di essa, cioè delle autorità dirette o supreme, il rapporto giuridico della preposizione è da ammettere, a nostro avviso, in tesi generale. Anche nel senso della legge positiva, impiegato è ogni persona delegata dall'amministrazione ad un ufficio stabile con stipendio a carico del bilancio pubblico (6), e non può negarsi che tutti i caratteri del commesso e preposito vi si trovano, perocchè *cuicumque negotio præpositus sit, institor recte appellatur* (7).

---

C. A. Bruxelles 30 marzo 1874 (*Pasicr.*, 1874, 2, 208). *Contra*, LAURENT, t. XX, 596 — C. A. Napoli 27 novembre 1871 (*Legge*, 72, II, 75) — C. A. Liegi 18 dicembre 1851 (*Pasicr.*, 52, 2, 320).

(1) C. A. Bruxelles 6 aprile 1842 (*Pasicr.*, 42, 2, 316).

(2) Cod. civ. art. 1644.

(3) Cod. civ. art. 1152.

(4) C. C. Parigi 30 gennaio 1864 (DALLOZ, v. *Voire*, n. 632 e 1964, 2, 215) e 17 maggio 1865 (DALLOZ, 1865, 1373). Conf. dec. 10 novembre 1868 (DALLOZ, 1864, 1, 133) e tribun. Bruxelles 19 marzo 1873 (*Belgiq. jud.*, 1873, p. 913) e LAURENT, t. XX, n. 596.

(5) C. C. Bruxelles 24 aprile 1840 (*Pasicr.* 1840, 1, 375) e 18 genn. 1843 (*Pasicr.* 1843, 2, 35) — C. A. Bruxelles 10 febbraio 1841 (*Pasicr.* 1841, 2, 369). *Contra*, C. A. Gand, nella stessa causa.

(6) Legge sulle pensioni 14 aprile 1854, n. 1731.

(7) L. 5, pr. ff. *De inst. act.*

Però non è necessario il carattere della retribuzione o del salario, perchè vi sia rapporto di preposizione dacchè e l'art. 1153 e le fonti romane presuppongono anche il rapporto di semplice mandato. Nè quindi ammetterei la esenzione in massima pei fatti degli agenti diplomatici, come fa il consiglio di Stato francese (1), salvo di verificare le condizioni speciali de' casi e specialmente se essi operassero nell'esercizio delle loro funzioni.

Havvi chi vede questione nel caso de' rappresentanti diretti come il sindaco e la giunta rapporto al consiglio comunale (2), perchè non si convenga ad essi la qualifica di agenti e dipendenti nel senso del codice civile. Ma perchè no? Come si avranno a qualificare gli amministratori d'una fondazione, i gerenti d'una società, i direttori di opere pie? Non sono anzi essi *a fortiori* coloro de' cui fatti deve rispondere l'ente, perchè sono i suoi rappresentanti immediati, i nominati diretti, gli uomini di fiducia degl'interessati o dei fondatori o di coloro cui questi commisero il geloso incarico del loro ordinamento? E se l'amministrazione deve rispondere persino della colpa degl'infimi subalterni agenti, come non dovrà fare ammenda delle concussioni dei sommi suoi rappresentanti se furono commesse nell'esercizio delle loro funzioni (3)?

Nè osta che tali funzionari non possano dirsi agire sotto gli ordini, la direzione e la sorveglianza di altri. Già fu visto che ciò non è punto necessario al rapporto institorio a differenza degli altri titoli di responsabilità indiretta. Certamente che una certa sorveglianza e una dipendenza è connessa naturalmente al fatto della nomina, ma vedemmo che quella come questa non manca nel caso dei rappresentanti diretti. Posto poi quel supremo grado, che non ha superiore sorvegliante, ivi avviene personificazione, quindi la responsabilità da indiretta diviene diretta.

La quistione nacque pei magistrati dell'ordine giudiziario e pei professori. Il dubbio sorgeva dall'indole della funzione quasi sovrana del magistrato, ed eminentemente sociale e indipendente dell'insegnante pubblico.

Lo stesso Laurent ne fa per questo motivo un'eccezione, e ricorda che lo Stato non può dirsi che insegni per mezzo di preposti

(1) *Contra*, MERLIN, v. *Resp.*, § 3. Vedi Soudart, n. 1087 (DALLOZ, *Resp.*, n. 627, 638, 665, 667).

(2) 26 aprile 1855, aff. Penhoat (DALLOZ, *Resp.*, 650, 651).

(3) BONASI, n. 232.

di cui esso è committente, onde lascia egli all'arbitrio del giudice il decidere se questi ed altri tali impiegati siano dei veri commessi o semplicemente esercenti una funzione sociale (1).

Il Laurent soggiunge: a loro *delegata,* cioè a dire da esercitarsi in nome proprio e non dello Stato, il che s'attiene all'indole speciale del contratto. Se non fosse questo, la eccezione della *funzione sociale* ci pare che riaprirebbe la quistione di principio. Il Laurent, che non volle fare distinzione fra commessi salariati o no, tra agenti sorvegliati o non sorvegliati, che riteneva bastare alla responsabilità la sola scelta, come lascia fuori del principio le funzioni sociali? Non sono tutte più o meno sociali le funzioni degl'impiegati pubblici almen diretti? Evidentemente la distinzione riproduce in una specie l'argomento dell'irresponsabilità assoluta nel genere, quello dell'essere la funzione pubblica un mandato necessario, una missione e un dovere sociale, non una preposizione o commissione nel senso civile. Anche a noi pare che i magistrati e i professori siano di quelli pei cui fatti non si verifica la responsabilità indiretta, ma non per ragione di principio che si attenga al concetto generale dello Stato o del rapporto institorio, ma di condizioni speciali, e lo vedremo tra breve (2).

Si presentò pure la controversia per gli uscieri dei tribunali. E fu chi disse irresponsabile lo Stato per i loro fatti abusivi perchè addetti all'ordine giudiziario, e perchè agiscono a conto e nell'interesse delle parti private. La prima ragione va con quella dei magistrati. La seconda appartiene alla teoria distinguente tra interesse pubblico e proprio dello Stato e interesse privato dei singoli, della quale si disse e si dirà altrove.

È da concludere pertanto dalle cose premesse che in tutte le funzioni degl'impiegati propriamente detti, e tranne gl'incarichi speciali transitori e le locazioni d'opere per conto dello Stato ma a nome degl'incaricati, si verifica il rapporto institorio e che quindi nella natura delle funzioni pubbliche non v'ha limite all'applicazione della legge di responsabilità in quanto riguarda questa prima condizione.

Però qui occorre un'indagine. Può l'amministrazione modificare con disposizioni speciali questo rapporto institorio eliminando e restringendo con condizioni la responsabilità che risulta dalla natura

(1) LAURENT, t. XX, n. 593, p. 636, 638.
(2) LAURENT, t. XX, n. 593, p. 636, 638.

generica della funzione pubblica? E parrebbe che si per la ragione che nel contratto institorio deve osservarsi la *lex* o *conditio præpositionis*, cui il terzo interessato deve conoscere e di cui deve egli come ogni creditore delle condizioni del mandato secondo il consiglio di Ulpiano (1) *curiosus esse*. A noi pare tuttavia doversi distinguere. Si possono, ammettiamo, modificare o eliminare affatto le conseguenze del rapporto institorio e la responsabilità indiretta dello Stato quando il trattare col funzionario è libero ai privati, ma non quando è obbligatorio o necessario, ed anche nel primo caso non si può altrimenti che con una legge o con una permissione dalla legge lasciatane al potere. Così si può discutere se, coll'art. 2067 del codice civile essendo prescritta la responsabilità del conservatore delle ipoteche per i danni risultanti dalle omissioni o dagli errori in fatto di trascrizioni o d'inscrizioni o da certificati errati, o da cancellazioni indebite, debba intendersi esclusa con ciò la responsabilità dello Stato pe' medesimi fatti. Ma un regolamento, un altro decreto o un atto qualunque del potere amministrante non può farlo, imperocchè si tratta di modificare le applicazioni dei principii generali del diritto ossia la legge. Il terzo interessato potrebbe impunemente trasandarlo come incostituzionale e illegittimo. Come il legislatore fa la *præpositio* in massima determinando con legge gli uffici pubblici, così la *lex præpositionis* deve farla il legislatore.

Tuttavia parmi assai disputabile la giustizia di quella sentenza giudiziaria che ammise la responsabilità dello Stato per valori inclusi in una lettera non raccomandata nè assicurata e intercettata da un impiegato postale (2). È vero, fu detto, che la legge determina le norme della raccomandazione ed assicurazione di valori spediti per via di posta, ma ciò non esclude la responsabilità dello Stato per la colpa di tenere un ufficiale infedele, quando questo ha sottratto i valori. A noi pare che le disposizioni speciali della legge nella loro ragione tendono ad escludere la responsabilità dello Stato non solo per smarrimenti fortuiti, ma eziandio per le sottrazioni. La colpa dello Stato per la nomina d'un impiegato infedele è controbilanciata dalla colpa del terzo che non si uniformò a quelle disposizioni per assicurare la sua proprietà (3).

(1) L. 3, § 9, fin. h. t.

(2) C. C. Parigi 12 gennaio 1849 — C. C. Parigi 12 maggio 1851 — C. A. Parigi 6 agosto 1850.

(3) *Contra*, la C. A. Torino 17 marzo 1871 (ap. Bonasi).

Ad ogni modo le ragioni medesime di dubitare cioè dell'esistenza di un regolamento conforme a legge e restrittivo della responsabilità, non sussistendo nel caso di errore telegrafico, opinerei in questo col Serafini e col Bonasi per la responsabilità dello Stato (1).

Parliamo della seconda condizione. Per fatto illecito s'intende tanto un fatto positivo o di colpa *in agendo,* quanto un fatto negativo o di colpa *in omittendo;* tanto quello che viene da malizia o dolo, pigrizia od inerzia, quanto da ignoranza o imperizia: non però da semplice errore (2). Nè v'ha differenza quanto a grado di colpa, come non v'ha pel funzionario stesso colpevole (3). Molto meno crediamo accettevole la eccezione che fa taluno dei veri delitti (4). Insomma, ricorreranno qui le regole generali della colpa.

Per danno poi non s'intende solo la lesione d'un interesse o di un bene materiale, ma di un vero diritto, cioè non un danno dato da chi *jure suo utitur,* ma di un danno *iniuria datum,* ed anche qui ricorreranno le regole e le ardue controversie sulle condizioni del diritto quesito, e sulla differenza fra danno giusto e danno ingiusto di cui in altra parte qualche cosa fu da noi detto. Solo ci sia lecito di aggiungere che è da discutere il criterio di certi scrittori, come il Laurent, che fanno del principio «*qui jure suo utitur nemini iniuriam facit*» non un assioma assoluto ma condizionato al non offendere la proprietà e il diritto altrui, ciò che ci sembra un *circolo,* ed applicato ad ambedue i diritti in collisione li distruggerebbe entrambi.

Per siffatti principii ovvii ed elementari sono da mettersi fuori di questione quei casi in cui l'amministrazione anche usando del suo diritto senza colpa, senza effetto di nuocere, e ne' modi leciti che la legge o la ragione prescrive reca danno alla proprietà a condizione di compensarlo.

È da distinguere il concetto di *compenso* da quello tecnico di *indennità.* Questi casi di compenso si riferiscono ad una questione diversa quantunque subordinata ad un medesimo superiore prin-

(1) V. Bonasi, n. 277, 278.

(2) Cons. di Stato, parere 7 gennaio 1864 (*Riv. amm.,* 1864, pag. 198).

(3) C. C. Torino, 20 dicembre 1871 (*Giur.*, 1872, p. 121). *Contra*, C. A. Casale 18 novembre 1871 (*Giur.,* 1871, p. 212). L. 6, ff. *De adm. rer. ad civ. pert.*

(4) C. Bruxelles, 21 febbraio 1842 (*Pasicr.*, 42, 2, 259). *Contra*, C. A. Parigi 15 maggio 1851 (Dalloz, 52, 2, 240).

cipio, cioè alla quistione dei risarcimenti per danni necessari, prodotti da opere pubbliche, di che egregiamente discorre in altro suo lavoro il prof. Gabba (1). A questi casi si riferisce la decisione della corte di Torino (2), relativa al compenso reclamato dall'affittuario delle lagune di Comacchio per la pesca diminuitagli in causa dell'essersi dovute immettere nelle lagune le acque del Reno straripato. E male questo caso si confuse con quello d'un'indennità per atto irresponsabile di polizia dalla corte di Bruxelles che respinse la domanda di compensi promossa dal proprietario danneggiato da inondazione sofferta per avere l'autorità fatto romper le dighe di un canale a cagione di pubblica sicurezza (3).

Anche per difetto di questa condizione non sono ammissibili domande d'indennità contro l'amministrazione per i semplici interessi offesi da' fatti dell'autorità compiuti nell'esercizio lecito del suo diritto, come fu il caso di un tale reclamante per danni derivati a una sua proprietà dall'essersi convertita una piazza in luogo di esecuzioni capitali (4), e gli altri simili per lo stabilimento d'un cimitero (5), e per il danno ai diritti di barriera prodotto da una nuova comunicazione aperta (6).

In questa medesima condizione risiede la ragione perchè non è responsabile lo Stato per gli atti legislativi. Essi sono la legge, e come potrebbero essere fatti illeciti? Se anche fossero contrari alle proprietà, al diritto razionale, una volta divenuti legge, sarebbero per essenza legittimi (7). Il medesimo è da dire dei regolamenti di amministrazione pubblica fatti dal potere esecutivo per mandato di legge e nei limiti del potere dalla legge prescritti. La loro efficacia e validità giuridica non essendo diversa da quella della legge, sono per sè stessi irresponsabili e solo allora cesserebbero di esserlo quando cominciassero ad essere contrari alle leggi (8).

---

(1) *Diritti dei proprietari fronteggianti le strade* (*Annali*, 1871, III, 15).

(2) Decis. 15 aprile 1869 (*Legge*, 1878, p. 2, pag. 61).

(3) C. A. Bruxelles 3 aprile 1857 (*Pasicr.*, 1857, 2, 386).

(4) C. C. Parigi, 14 gennaio 1834, 28 maggio 1838.

(5) C. C. Nancy 30 maggio 1843 (S. V. 43, 2, 333).

(6) C. C. Bruxelles, 15 aprile e 17 giugno 1847 (*Pasicr.*, 47, 1, 418).

(7) Cons. Stato Fr., 11 gennaio e 28 maggio 1833, in tema di legge abolitiva d'industrie. Cass. Brux. Arr. 27 juin 1845 (MANTELLINI, *Lo Stato e il codice*, p. 55).

(8) C. C. Bruxelles 25 marzo 1855 (*Pasicr.*, 55, 1, 126) nel caso di ritardi ferroviari prodotti da nuovi regolamenti di polizia.

Nè per diversa ragione avviene che gli atti dell'autorità giudiziaria non generino responsabilità dello Stato. Imperocchè o questi atti sono strettamente inerenti alle funzioni giudiziarie, cioè le decisioni e le ordinanze, e sono atti di vera sovranità nazionale, quindi per legge dichiarati insindacabili, irresponsabili, irrevocabili, tranne che per la via processuale degli appelli e degli altri rimedi, e sono per presunzione di diritto legittimi e leciti come la legge stessa, quindi incapaci di produrre responsabilità sia diretta dei funzionari stessi, sia indiretta dello Stato. O sono estranei a tali atti, come lo aver preso donativi o compensi per fare la giustizia o per tradirla, come le prevaricazioni e le corruzioni, e questi essendo fatti appunto estranei all'esercizio della funzione, tutti personali degli autori, dànno luogo a responsabilità solo penale e civile di essi, non dello Stato come meglio sarà dichiarato nella terza condizione (1).

Altrettanto non potrebbe dirsi dei funzionari addetti od accessorii all'amministrazione della giustizia e degli atti loro; come il pubblico ministero, i cancellieri, gli uscieri quando essi abusando delle delicate loro funzioni recano danno ai privati. A nostro avviso siffatti funzionari, quantunque classificati tra gli ufficiali dell'ordine giudiziario dagli art. 6 e 152 della legge sull'ordinamento giudiziario (2), tuttavia poichè non giudicano ma compiono atti amministrativi accessorii e famulativi al giudizio non sono essenzialmente in luogo distinto dagli ufficiali amministrativi. Sola accidentale varietà può riscontrarsi nella delicatezza stessa, difficoltà, discrezionalità delle loro funzioni, ragioni per le quali come il legislatore stimò disciplinare e restringere anche con certe condizioni e forme la loro responsabilità diretta, così può di rimbalzo restringersi la responsabilità indiretta dello Stato.

Possiamo quindi approvare, nè contraria a questa regola stimiamo essere quella sentenza per la quale fu deciso non dovere lo Stato rispondere dell'appropriazione commessa dall'usciere in valori a lui consegnati da un debitore sottoposto ad atti esecutivi (3). Il caso dell'usciere ci parve veramente dei più gravi e difficili, ma a re-

---

(1) Cod. pen., lib. I, tit. 3, cap. 2; L. 5, § 4, *de obl. et act.* e L. ult. D., *de extr cognit.*

(2) 6 dicembre 1865, n. 2626.

(3) C. A. Parma 11 luglio 1869 (*Legge,* II, pag. 668).

spingere la responsabilità dello Stato vi sono gravi considerazioni. Il ministero dell'usciere è richiesto dalla renitenza e contumacia dei debitori. Egli non è, quanto alle sue funzioni, in un vero vincolo di dipendenza gerarchica. Gli mancherebbe quindi la prima condizione. Inoltre avrebbe luogo il *limite* della seconda condizione: *culpa cum culpa* ecc. Lo Stato deve designare una persona munita della facoltà di richiedere la forza per appoggiare il diritto del creditore; questi nel cui interesse compionsi gli atti esecutivi può (art. 595 P. C.) e deve dunque sorvegliare l'usciere nello esercizio del suo ministero a suo profitto e ha facoltà di sceglierlo tra tutti gli autorizzati a tal funzione. Se nol sorveglia o sceglie male, se questi si appropria gli oggetti caduti in esecuzione, se altrimenti abusa del suo ministero, potrà essere quistione se ne sia in colpa il debitore che colla sua resistenza vi dette causa o il creditore che nol sorvegliò a dovere (1), ma non lo Stato. L'usciere non è, come è il cancelliere, depositario dei valori a nome dello Stato, ma semplice trasmissario di essi; il suo ministero consistendo nell'assistere colla forza all'apprensione del pegno; onde la sottrazione che egli ne commettesse sarebbe un fatto che è fuori della stretta cerchia delle sue funzioni e sol rientra in quella del mandato della parte.

Non dissimile da quello dei magistrati opiniamo essere il caso dei professori. La libertà necessaria all'insegnamento, allo svolgimento delle idee e delle convinzioni dell'insegnante fanno che sia impossibile riconoscere una causa di danno, un fatto illecito nell'esercizio di tale nobilissima funzione, almeno giudiziariamente e fuori delle vie discrezionali amministrative. Aggiungasi la impossibilità di apprezzare in fatto il danno materiale ed economico che può risultare da un perverso insegnamento: quindi mancherebbero tutte le condizioni ad un'azione di danni per tale capo, e può riferirsi per conseguenza questa specie di servigio pubblico a quel ramo di atti discrezionali di cui ci resta a parlare.

Non solo gli atti legislativi e i giudiziari e gli atti del potere regolamentario partecipe del legislativo, ma vi sono altri atti del potere esecutivo che possono dirsi irresponsabili, non perchè protetti da alcuna legge o diritto speciale, ma perchè nei limiti di una

(1) C. A. Bruxelles, 2 giugno 1806, 10 marzo 1808. *Contra.* V. DALLOZ, *Resp.*, n. 675.

presuntiva legalità e però leciti e legittimi. E sono quegli atti che diconsi *discrezionali*. La legge per certi supremi fini di utilità sociale, come la sicurezza, l'ordine, l'igiene, la sanità e simili, accorda all'autorità esecutiva o amministrativa una certa libertà di movimento, una certa larghezza di facoltà, che dicesi perciò *discrezionale*, che forma come una sfera inviolabile di *libertà* e partecipa per similitudine e per analogia alla presuntiva legittimità degli atti legislativi e regolamentari. Essendo impossibile per certe contingenze di casi il determinare norme precise, ma dovendosene in tutto il legislatore rimettere, per raggiungere il fine, alla prudenza, alla coscienza, al senno del magistrato, essa investe quasi di una particella di sovranità e quindi d'irresponsabilità codesto magistrato, tracciandogli solo dei limiti, ma accordandogli entro di quelli libertà di elezione e di determinazione. Ne risulta che tutto ciò che il magistrato compie dentro quei limiti e quella sfera è atto presuntivamente legittimo, quindi non soggetto alla legge della responsabilità nè diretta nè indiretta, se non sia la responsabilità interna, cioè verso le autorità amministrative gerarchicamente superiori.

E siccome quegli atti che diconsi di polizia, di governo, di protezione dell'ordine sono per lo più di tale natura, per tale ragione potè credersi, e in un senso anche giustamente, che tali atti non soggiacessero alla garanzia dello Stato scambiando i principii per le condizioni della loro applicazione. Ma la distinzione quanto è assurda in principio è giusta in fatto. Ogni violazione di legge e di diritto commessa dagli ufficiali pubblici deve sottostare alla sanzione suprema, inevitabile, assoluta della responsabilità. Non si deve lasciar pensare che il Governo, operi comunque e in qualunque maniera e rappresentanza, sia inviolabile quando offende il diritto. Ma se in certe sue funzioni operando egli usa del suo diritto ancora meno opportunamente e prudentemente, ma dentro la sfera tracciatagli dalla legge, egli non deve esserne sindacato dai tribunali. Come il padre di famiglia nello interno di sua casa, il padrone nell'uso e l'abuso delle sue proprietà, possono adoperare imprudentemente e inconsultamente, nè per questo violerebbero il diritto di alcuno e quindi dovrebbero in quei limiti essere assolti da ogni responsabilità senza però che per questo si dicano irresponsabili; così l'autorità governativa deve godere d'un simile diritto. È in questo senso appunto che son veri ed applicabili i testi romani:

*quæ jure potestatis a magistratu fiunt ad iniuriarum actionem non pertinent* (1). *Is qui jure publico utitur non videtur injuriæ faciendæ causa hoc facere; juris enim executio non habet injuriam* (2). *Si quid magistratus adversus renitentem violentius fecerit non tenebitur aquilia* (3).

Comprendiamo che è questa la più pericolosa delle facoltà e che è facilissimo lo sdrucciolo dalla *discrezionalità* all'arbitrio e al dispotismo e sovente codesti termini si toccano e si confondono: che è facile per l'abuso di questa pericolosa facoltà il ritorno agli sconci dei governi paterni o dispotici, ma non per questo si potrà abolire del tutto questa potestà discrezionale, perocchè è richiesta dai bisogni e dai fini sociali più importanti e più delicati. Sta alla legge il disciplinare questa potestà, il designarle i confini, il prescriverle le forme e le condizioni fuori delle quali la responsabilità la colga, d'istituire magistrati di revisione imparziali e mezzi di difese orali pubbliche ed efficaci agl'interessati (giustizia nell'amministrazione), il render insomma seria la responsabilità dell'amministrazione, ma abolire del tutto questa potestà, questa sfera di azione, e sostituirle una linea che passare non si possa, crediamo impossibile. Del resto a questo genere di fatti leciti perchè discrezionali crediamo riferibili molti dei casi decisi il più delle volte sotto il principio della irresponsabilità per fatti governativi.

Alla categoria di atti discrezionali sono da riferire il caso di sequestri operati nell'interesse della sicurezza dello Stato (4), di prescrizioni sanitarie conformi alle leggi e ai regolamenti (5), di chiusura di stabilimenti insalubri (6), di denuncia di reati (7), di disciplina e ammissioni universitarie (8), di verificazioni daziarie e doganali (9), di danni pretesi per mal governo o trascurata polizia (10).

---

(1) L. 13, D. *de injur.*

(2) Ivi, § 1.

(3) L. 9 *ad leg. Aquil.*

(4) C. Gand 21 aprile 1834 (*Pasicr.*).

(5) C. A. Liegi 30 aprile 1846.

(6) C. A. Firenze 18 febbraio 1867, citata dal Gabba.

(7) C. C. Roma 31 luglio 1876 (*Legge*, XVII, II, p. 35).

(8) C. A. Bruxelles 1° aprile 1863 (ap. BONASI, p. 518) D° 24 febbraio 1864 (ivi, pag. 520).

(9) Douai 24 gennaio 1832 (DALLOZ, *Resp.*, 262).

(10) Cons. di Stato 20 novembre 1875; conflitto Derossi (presso MANTELLINI, *Conflitti*, III, 50).

Per l'apprezzamento poi della colpa e per la distinzione di questa dal caso fortuito e dalla forza maggiore ricorreranno le regole di diritto comune, e molto è da concedere alla discrezione del giudice (1).

Per citare qualche esempio importante di fatti colposi, fu condannata una compagnia ferroviaria a risarcimento di danni per esplosione di polveri contenute in un vagone, non ostante che quella allegasse l'autorizzazione straordinaria del ministro della guerra (2), per gl'incendi causati dal fuoco che esce dalle locomotive (3), per la morte di un operaio causata nello spostare un vagone dall'abbassamento del suolo e da un difetto di costruzione (4), per ritardi (5) e perfino per l'omicidio d'un operaio commesso per delitto (6).

V'ha ancora un'indagine a proposito di questa condizione. Se col fatto illecito o colla colpa del funzionario concorre la colpa del privato che fu leso nel suo diritto, rimane o cessa la responsabilità dell'amministrazione? I casi si sono dati e fu giudicato che la colpa del terzo elide la colpa presunta dall'amministrazione. La decisione ci pare giusta e la ragione chiara, perchè non s'intende aver ricevuto danno chi per sua colpa lo risenti « *qui damnum sua culpa sentit nec damnum sentire videtur* ». E « *qui occasionem damni dat, causam damni præstitisse videtur* ». E si aggiunge il principio che « *dolus cum dolo compensatur* (7) ». Però bene avverte il Laurent doversi guardare se nonostante la colpa del terzo il danno sarebbe seguito egualmente per la colpa dell'agente (8).

---

(1) Per un caso di forza maggiore V. DALLOZ, *Resp.*, 652.

(2) C. A. Aix 6 maggio 1872 (DALLOZ. 1873, 3, 57). DALLOZ, *Resp.*, v. *Voirie*, n. 559, 566.

(3) C. A. Bordeaux 21 giugno 1859 (DALLOZ, 1859, 2, 187).

(4) C. A. Bordeaux 15 giugno 1857 (DALLOZ, 1858, 2, 31). — Vedi pure C. A. Bruxelles 18 maggio 1868 (*Pasicr.* 1868, 2, 385) e 7 maggio 1869 (ivi, 1869, 1, 330). — C. A. di Dijon 20 novembre 1866 (DALLOZ, 1866, 2, 245). — Trib. Com. Senna 9 agosto 1864 (ivi, 1864, 3, 103). — C. A. Douai 24 gennaio 1832 (DALLOZ, *Resp.*, n. 262).

(5) C. A. Lione 22 agosto 1863 (DALLOZ, *Voirie*, ecc., n. 684), a ragione censurata dal LAURENT (t. XX, n. 600).

(6) Cit. C. A. Firenze 18 aprile 1868, cit. dal GABBA a pag. 33. Vedi pure sentenza gran corte civ. di Napoli e altre citate dal BONASI al n. 216 e 279. E la C. A. Parigi 27 febbraio 1836 (DALLOZ, *Rép.*, v. *Resp.*, n. 445 e 664).

(7) L. 39, ff. *Sol. matr.*; L. 37, ff. *De liber caus.*

(8) LAURENT, t. 20, n. 589.

Ma questa condizione importa una limitazione grave ai casi di responsabilità dello Stato. Tutte le volte che un ufficiale pubblico esiga quanto non è dovuto o non è nelle sue facoltà di esigere, e il privato, conoscendo ciò o dovendolo conoscere e potendo rifiutarsi, nol fa, l'amministrazione potrà ricusarsi a risponderne, salvo la responsabilità giudiziaria e amministrativa del funzionario.

La più grave e la più difficile è la materia della terza condizione. Il fatto illecito deve essere commesso nell'esercizio delle funzioni o incombenze. Ciò è fondamentale nell'azione institoria, ed emana dall'intima sua ragione. Come l'*institor* non obbliga il *dominus,* se non *eius rei gratia cui præpositus fuerit contraxerit, idest dumtaxat ad id ad quod eum præposuit,* tanto che, *si ad emendum præposuerit,* è tenuto soltanto *ex vendito* e non viceversa, secondo la espressiva frase di Ulpiano (1), così dev'essere *delinquendo.* E la frase letterale dell'art. 1153 coincide con quella del diritto romano (2). Lo Strikio, il Menocchio ed altri la dicono colle espressioni *circa officium et in officio delinquendo* e l'oppongono all'*extra officium.*

Quando però s'intende che il funzionario manchi nell'esercizio delle sue funzioni? Ecco la grave controversia. Lasciamo la eccessiva e fiscale interpretazione che *nell'esercizio* significa nel *retto* uso delle facoltà (3), ciò che è puramente la negazione di ogni responsabilità indiretta di ogni ente morale, e confonde l'eccesso del mandato nei rapporti fra il mandante e il mandatario e nei rapporti verso i terzi. Ogni mal'uso del mandato è un eccesso verso il mandante; ma può essere ed è ne' limiti di esso verso i terzi.

Beniamino Costant distingue l'*eccesso* dall'*abuso,* restringe la responsabilità dello Stato al secondo caso cioè agli atti abusivi, lo esclude dal primo, cioè dagli atti illegali non autorizzati dalla legge per la teoria generale del mandato e perchè il magistrato che eccede i confini del suo potere *tamquam privatus egisse censetur.*

Il Bonasi (4) combatte tale distinzione, perocchè dice che abuso commette tanto chi si serve delle sue facoltà in modo cattivo e per

---

(1) L. 5, § 9, 11, 12. L. 11, § 5, ff. *De inst. act.*

(2) Arg. L. 3, pr. ff. *De publ.;* L. 7, § 4, ff. *Naut. caup.;* L. 23 in fin. ff. *De minor.*

(3) Cit. C. A. Parigi. Lettera del ministero di G. e G. 5 marzo 1876 (*Legge,* 1876, p. 3ª, p. 100).

(4) V. Bonasi, n. 45 e seg.

fine illecito, quanto colui che se ne vale fuori dei confini assegnati dalla legge. Entrambi violano i doveri del funzionario.

Faustin Helie vuole che il fatto del funzionario debba costituire un abuso del potere che le sue funzioni gli conferiscono e sia compiuto nella sua qualità e in virtù del suo mandato.

Col Constant è il Rossi, il quale però aggiunge che la distinzione è in pratica di nessuna efficacia e quasi d'impossibile applicazione.

Il Mangin, riferito dal Bonasi, ammette la responsabilità del governo per soli quegli atti che non possono emanare se non da un pubblico funzionario (1).

La giurisprudenza e la dottrina francese non intesero sempre allo stesso modo il rapporto del fatto alla funzione. La corte di Rouen (2) ritenne un padrone responsabile delle ferite inflitte da un suo carrettiere a un impiegato daziario che gli aveva intimato di scendere dal carro secondo i regolamenti; assolvette però il padrone di altro carrettiere che seguiva il primo e che s'era impegnato anche esso nella lotta. Con ciò stabilì netta la differenza tra l'uno che aveva mancato nel fatto del suo servizio e l'altro che avea peccato in un fatto estraneo alla sua incombenza.

Sullo stesso principio il Mourlon dice che se un vetturino ferisce un passeggero perchè conduce male la vettura, il padrone è responsabile: se però ferisse di proposito deliberato il passante, non lo è (3).

La corte di Bruxelles similmente limita la responsabilità del committente alle colpe de' preposti commesse nel modo di compiere la incombenza, l'esclude dai danni deliberatamente e maliziosamente inferiti e che non poteano prevedersi (4).

Il Laurent e varie decisioni giudiziarie condannano questo principio perchè la legge non distingue delitti o quasi delitti (5), e ammettono la responsabilità nel caso di una persona diffamata dagli agenti di una compagnia in relazione all'oggetto del loro mandato; d'un fanciullo oltraggiato da un cocchiere che dovea condurlo in pensione; d'un omicidio commesso nella caccia da un uomo a quel

(1) Bonasi, n. 40, p. 49 e seg.

(2) 18 gennaio 1837 (Dalloz, 1845, 2).

(3) Mourlon, *Répetitions,* t. II, p. 890, n. 1694.

(4) C. A. Bruxelles 8 dicembre (*Pasicr.* 65, 2, 360).

(5) Laurent, vol. XX, n. 583 e seg.

servigio preposto da un proprietario; di tratte false scontate dal commesso di un negoziante incaricato di presentare abitualmente gli effetti del suo padrone a un banchiere per lo sconto.

La corte di Nancy condannò persino il padrone d'un granaio per una ferita causata ad un fanciullo da un domestico nel tirare un colpo di fucile agli uccelli e dice chiaro bastare che il fatto si riferisca alle funzioni in modo qualunque « con circostanze di tempo o di luogo o di servizio ».

Al contrario fu esclusa la responsabilità del committente nel caso di un impiegato d'una compagnia di strade ferrate che profittò del registro d'obbligazioni che era nel suo gabinetto per falsificarne un certo numero, e il contrario fu deciso in simile caso, ma per la circostanza della colpa diretta del banchiere di aver lasciato registri, timbri e insegne del banco alla discrezione d'un commesso che ne avea abusato.

In generale la regola che si trae da tutti questi esempi, ad eccezione di quello della corte di Nancy, è che non basti una semplice occasionalità di tempo e luogo, ma si richieda una causalità di servigio, che l'atto cioè si riferisca alle stesse funzioni e al loro scopo.

Siccome la distinzione è nella legge stessa e nel principio della legge, non si può evitarla. Il principio che fuori delle facoltà commesse non c'è mandato dell'amministrazione, quindi neppure responsabilità, è innegabile. Resta soltanto a illustrare la distinzione, per quanto è possibile in teoria, senza usurpare la discrezione del giudice ne' casi concreti.

La illustrazione conviene prenderla dalla ragione della legge. La quale è che chi commette ad altro la propria fede, la propria autorità, la propria forza, deve rispondere dell'abuso che quegli ne fa. Abuso può commettere il funzionario o servendosi o non servendosi delle facoltà o servendosene male o servendosene per un caso o per uno scopo pel quale non gli eran date. Ma bisogna che l'atto sia del genere di quelli che è autorizzato a compiere e sia compiuto nella qualità o rappresentanza e nell'interesse del committente. Il concetto di funzione affidata, di facoltà, d'incombenza abbraccia tutto questo, cioè un atto, un fine: il primo compiuto sotto l'autorità e la fede del committente, il secondo d'interesse del committente. Pertanto la formula *nell'esercizio* non significa solo continenza materiale di luogo, la quale può essere un elemento,

ma non sempre necessario nè mai sufficiente. Non significa neppure pertinenza di mezzi. Può il preposto usare dei mezzi materiali fornitigli pel còmpito della sua missione, e tuttavia non essere nell'esercizio di questa, come se il funzionario abusi delle armi, delle scritture o documenti o dei sigilli di ufficio per ingannare, frodare, ferire, uccidere qualcuno. Anche questo può essere un elemento o un argomento concorrente alla condizione, ma non bastevole per sè solo a costituirla. Quindi a ragione credo che il Grozio e lo Strikio pensarono non essere tenuto il padrone della nave pei danni se il capitano diventa pirata (1).

Ciò che costituisce principalmente la condizione è, da un lato l'atto autorizzato dal mandato o dalla natura dell'ufficio, dall'altro lo scopo d'interesse dell'amministrazione. Questo secondo estremo però non è necessario che sia effettivamente e in risultato ma deve essere almeno colorato di guisa che abbia fornito il prestigio, l'autorità e la fede pubblica all'operante. Ciò è anche nel concetto delle fonti romane. Perchè il preponente sia obbligato, basta che il preposto abbia espresso di operare nell'interesse del suo mandante, benchè di fatto abbia operato per sè. Così se il capitano d'una nave prende danaro esprimendo di prenderlo *ad navis causam*, e invece se lo appropria, l'esercente è tenuto, *imputaturus sibi cur talem præposuerit:* non così, se ciò non espresse *specialiter* (2).

Forse la differenza che divide i due modi d'intendere, lo stare nelle funzioni o l'uscirne, non è che di formula. Lo applicare le facoltà ricevute a casi pei quali non furono accordate e fuori delle condizioni per le quali furono accordate, può dirsi tanto eccesso delle facoltà, come noi appunto lo intendiamo (3), quanto abuso delle medesime, come altri lo dicono, secondochè s'intende la facoltà o per rapporto alle condizioni o astrattamente da esse. Un ministro che ha la facoltà di eseguire le leggi, se manda in esecuzione un progetto di legge non approvato: un giudice istruttore che ha facoltà di arrestare, se procede all'arresto di uno che non è imputato: può dirsi in un senso avere ecceduto le facoltà, in un altro avere abusato delle facoltà. Ma ci sembra certo che ambedue quei funzionari hanno peccato nell'esercizio delle loro funzioni. Insomma

---

(1) Strikio, *Diss. de obl. princ. ex fact. ministri*, n. 7.

(2) L. 1, § 9, ff. *De exerc. act.*

(3) V. sopra parte I$^a$, cap. 7, art. 6.

l'eccesso va inteso nel senso della facoltà presa astrattamente dalle condizioni, e relativamente solo al fine e alla destinazione. Allora solo vi sarà un tale eccesso da cagionare irresponsabilità dell'amministrazione quando l'ufficiale usurpi facoltà che non ha in niun caso. È vero che anche in quest'ultima ipotesi potrà dirsi avere violati i doveri generali del funzionario, e quindi egli incorrerà la responsabilità amministrativa diretta, ma non avrà violato quei doveri speciali della sua propria funzione, del cui solo abuso deve l'amministrazione rispondere.

E come fu giudicato che l'oltraggio ricevuto da un ufficiale pubblico nell'esercizio delle sue funzioni incorre sempre nella disposizione dell'art. 258 del codice penale, comunque l'atto cui l'ufficiale procedeva fosse illegale (1); così del pari tale illegalità non toglie che quello possa dirsi nell'esercizio delle funzioni per gli effetti della garanzia dell'amministrazione quando tale illegalità non tocca il limite della incompetenza assoluta.

Premessi tali principii, s'intende:

1° Che non è nell'esercizio delle funzioni colui che in ufficio ingiuria, ferisce, insulta, o ruba, o commette qualunque altro delitto (2), come non è quel funzionario al quale i privati consegnano un deposito o richiedono un servizio estraneo alle attribuzioni di ufficio (3).

2° Che non opera nell'esercizio delle funzioni e non obbliga lo Stato, ma solo se stesso e gl'immediati comandanti, quel soldato che esplode l'arma contro un pacifico cittadino, devasta od usurpa col favore della divisa e colla forza delle armi l'altrui proprietà (4), o nelle manovre militari per inavvertenza trae un colpo micidiale ad un passeggero (5).

3° Che neppure vi è quel magistrato che prevarica e si lascia corrompere nell'amministrazione della giustizia, perchè il fatto illecito non ista nel giudizio suo che è incensurabile, ma nel fatto

---

(1) C. C. Torino 5 marzo 1886 (*Man. degli amm.*, 1867, p. 136; ASTENGO, *Nuove illustr.*, p. 975).

(2) C. A. Lucca 22 luglio 1876 (*Foro italiano,* c. 1071 e nota).

(3) Cons. Stato Par. 23 giugno 1819. Causa Topi e Finanze.

(4) Trib. di Bruxelles 23 novembre 1843. — C. C. Bruxelles 24 aprile 1843. — C. C. Bruxelles 23 novembre 1843 (ap. BONASI, n. 272). — C. Aix 2 giugno 1832 (DALLOZ, *Resp.*, n. 500).

(5) Trib. della Senna 16 agosto 1845; GROZIO, *de I. B. et P.* L. 3, c. 6, § ult.

estraneo del premio e della promessa ricevuta. E sebbene questo fatto abbia avuto per oggetto una defezione d'ufficio, e una violazione del dovere d'imparzialità, tuttavia, essendo incensurabile il giudizio, manca ogni base e ogni mezzo di prova per accertare il pregiudizio o il danno che si dovrebbe risarcire.

4° Che non è nello esercizio delle funzioni quell'ufficiale che usurpa le attribuzioni d'un'altra amministrazione o i poteri d'una autorità di specie diversa, p. e. se un agente di pubblica sicurezza si dia ad estorcere delle imposte od un intendente di finanza faccia arrestare un cittadino o dia ordini per tutela della sanità pubblica. È però nell'esercizio quell'ufficiale che oltrepassa non le funzioni, ma solo le condizioni dei suoi poteri; come se il giudice istruttore faccia arrestare persona fuori dei casi d'imputazione, ovvero anche se il sindaco agisca nell'interesse del comune senza le volute autorizzazioni ed approvazioni del consiglio (1): estensione abusiva di facoltà.

5° È anche nell'esercizio delle funzioni un atto che quantunque non formi la materia precisa ed essenziale della facoltà dell'impiegato, tuttavia è connesso con esso e ne è una *sequela* (2). Così in diritto romano l'institore intendevasi aver facoltà di mutuare per la *taberna* se non ne era stato proibito, e nella facoltà di comprare l'olio s'intendeva anche quella di mutuarlo. E se intervenne un fidejussore per l'institore competeva ancora l'institoria, per la ragione «*eius enim rei sequela est*» (3).

Quindi è disputabile se bene giudicò la corte di Roma (causa Topi-Finanze) non responsabile lo Stato di somma depositata presso l'intendenza di finanza nell'ufficio di essa, perchè consegnata a un ufficiale ivi dimorante ma che non era precisamente il cassiere.

6° Che niente poi importa che il funzionario abbia adoperate od omesse o violate le forme prescritte dalla legge all'esercizio delle sue facoltà, come sarebbe un'intimazione che fosse richiesta

---

(1) C. A. Liegi 21 ottobre 1845 (*Arch. de dr. et legisl.*, t. v, pag. 25. — C. C. Parigi 19 aprile 1836 (S. V., 37, 1, 63). — C. C. Napoli 23 novembre 1866 (*Annali*, 66, 1, 351)..Vedi BONASI, pag. 525, nota 3. LAURENT, xx, 5.

(2) C. A. Lucca 4 giugno 1868 (*Annali*, 68, II, 440). — C. A. Orléans 21 dicembre 1854 (S. V., 53, 2, 661). — C. C. Parigi 5 novembre 1855 (S. V., 57, 1, 375). — C. C. Parigi 18 luglio 1826 (S. V., 27, 1, 232).

(3) L. 5, § 13, 14, 16, ff. *De inst. act.*

o un'autorizzazione preventiva d'un superiore. Una tale omissione potrà produrre la nullità o l'inefficacia dell'atto nell'interesse dell'amministrazione, ma non togliere che questo atto sia compiuto nella qualifica del funzionario e nell'esercizio delle sue funzioni e costituisca quindi, se fu dannoso, un abuso del quale con lui deve rispondere la pubblica amministrazione.

7° Che non è responsabile un'amministrazione degli atti di un suo funzionario quando questi sono posti nella qualifica e rappresentanza di un'amministrazione diversa, come, p. es., il comune quando il sindaco agisce quale agente della polizia giudiziaria (1). Non così mi parrebbe della polizia municipale, perchè questa a differenza di quella non è una riunione accidentale o personale di funzioni diverse, ma rientra in quelle d'interesse strettamente municipale (2).

Ma donde avranno a rilevarsi le facoltà e le funzioni per giudicare de' limiti osservati o trasgrediti e per desumerne le eccezioni d'incompetenza o di eccesso pro o contra l'amministrazione? Chiara è la risposta. Se vi sia una *conditio* o norma legittima e costituzionale, una legge o regolamento valido e regolarmente pubblicato o notificato, a questo deve guardarsi prima di tutto (3). Per diritto romano era essenziale la *conditio* o *forma præpositionis*, come per la cessazione della responsabilità era la *proscriptio palam facta ante tabernam, ne cum eo contrahatur* (4). Se questa non vi sia, deve attendersi alla natura e allo scopo dell'ufficio, dovendosi intendere tutte le facoltà concesse ai funzionari che sono necessarie a raggiungere lo scopo del loro mandato, onde essi obbligano il principale *si vi instructionum et necessitate functionis suæ contrahant* (5), o eccedendo tali confini vantaggino il committente o questo ratifichi il fatto (6).

---

(1) DALLOZ, *Rép.*, v. *Resp.*, n. 668.

(2) *Contra*, Bordeaux 18 maggio 1841 (DALLOZ, *Resp.*, n. 669 e *Commune*, n. 2672).

(3) Vedi sopra la questione se il regolamento può modificare la responsabilità diretta.

(4) L. 11, § 2, 3, 4, 5, ff. *De inst. act.*; e L. 47, *De pecul.*; e L. 1, § 12, *De exerc. act.*

(5) STRIKIO, t. IV, *Diss. de obl. pr.*, n. 33, 34, 38.

(6) L. 39, ff. *De neg. gest.*; L. 33, ff. *depositi*; L. 133, ff. *De R. I.*; L. 27, ff. *De reb. cred.*

### ART. 8. — *Limiti ed effetti della responsabilità.*

I principii esposti ci conducono a stabilire senz'altro che la responsabilità indiretta dell'amministrazione pubblica non può essere che civile, non punto penale, neppure per l'effetto di un'ammenda nè della confisca d'istromenti che abbiano servito al fatto illecito (1), bensì delle spese di procedura penale. Non accade dire che in ciò la teoria dei quasi delitti romani e delle azioni miste, come quelle appunto dei quasi delitti che erano *in duplum*, è scomparsa affatto dai codici moderni per la separazione recisa operatasi tra l'azione civile e la penale.

Ma si domanda se l'obbligazione dello Stato e delle amministrazioni pubbliche pei fatti dei loro funzionari debba essere solidale tra l'amministrazione e il funzionario o no. La solidarietà è ammessa dalla giurisprudenza fra più danneggianti diretti, per la impossibilità di distinguere il fatto dell'uno da quello dell'altro e la influenza respettiva nel risultato del danno, cioè per la indivisibilità della colpa che è il fondamento della obbligazione. Così deve essere del pari tra committente e commesso, essendo committente e commesso di fronte ai terzi due complici dello stesso fatto dannoso (2). Il Laurent è d'opinione contraria, perchè la solidarietà non si presume e nel caso di quasi delitti non è stabilita da alcuna legge (3). Ma presso di noi la questione è risoluta dall'articolo 1156 del codice civile, e, ci pare anche, dalla ragione di diritto. Perocchè la solidarietà nasce per natura del fatto giuridico che è il titolo dell'obbligazione, cioè la colpa che fa sorgere l'obbligo al risarcimento in tutti coloro in cui essa risiede. Onde in diritto romano era solidale persino l'obbligazione *ex contractu* di più esercitori (4); eccettochè da per sè esercitino la nave, *neque enim* (in quest'ultimo caso) *invicem sui magistri videntur* (5). Molto più

---

(1) Vedi PAOLO, alla L. 11, § 2, ff. *De publ. et vectig.*

(2) C. A. Bordeaux 19 febbraio 1839 (DALLOZ, *Resp.*, n. 568). C. A. Poitier 6 gennaio 1838 (DALLOZ, ivi, n. 535).

(3) V. 20, n. 619; v. 17, n. 541.

(4) L. 1, § 25, ff. *De exerc. act.*

(5) L. 4 *pr. eodem. Adde;* L. 2, 4 *eod.* e L. 1, in fin., ff. *de his qui effud.*

poi erano solidali i magistrati amministratori, tranne se fossero in amministrazioni separate (1).

Ma l'azione del danneggiato verso l'amministrazione è principale o sussidiaria? Per diritto romano era al danneggiato data la *electio* (2), o d'agire per la legge Aquilia contro il preposto danneggiante, cioè l'*institor* o il *magister navis*, o coll'azione speciale contro il responsabile com'era l'azione *in factum* per la *dejectio*, l'*effusio*, la *suspensio* contro l'abitatore della casa, e l'*actio de recepto* contro il *nauta*, il *caupo* o lo *stabularius*.

Gl'interpreti ed espositori del diritto comune parlano di azione principale, non sussidiaria. Il recente progetto di legge renderebbe sussidiaria l'azione per responsabilità indiretta.

A noi pare questo ragionevole e giuridico. Reo principale è l'ufficiale pubblico, lo Stato reo secondario ed accessorio. Esso è garante de' portamenti dell'ufficiale e quindi dev'essere paragonato a un fidejussore d'indennità. Il danno vero che lo Stato cagiona colla negligente sua scelta o sorveglianza di un ufficiale o ignorante o malvagio o insolvibile, non consiste se non in quello che il danneggiato non può ricuperare dal colpevole. Deve dunque il danneggiato convenire prima questo e poi lo Stato per quanto *rem salvam habere non potuit*. In ciò sembra evidente l'analogia del caso de' magistrati responsabili per la nomina del tutore, la qual responsabilità era sussidiaria (3).

Ma la responsabilità dell'amministrazione si limita essa al fatto degli agenti preposti all'ufficio nel cui esercizio il danno fu dato ovvero si estende al fatto dei *subagenti* della cui opera quelli si servirono? In diritto romano v'era in ciò differenza tra l'azione institoria e la esercitoria. All'infuori d'un patto o di permissione espressa il *dominus* era tenuto pel fatto del solo institore e non per quello della persona da lui impiegata nell'azienda. Il *dominus* o *exercitor navis* invece era tenuto per l'uno e per l'altro. La ragione era perchè la importanza e la gravità dell'esercizio d'una nave importa per sua natura e per le consuetudini impiego di subalterne persone al servizio della nave, ed altra ragione era anche

(1) L. 1, 2 Cod. *Quo quisque ord. con.*

(2) L. 1, § 17, ff. *De exerc. act.*

(3) Tit. D. et C., *De mag. conven.* — Sulla responsabilità sussidiaria confr. BERTOLINI, *La garanzia della legalità*, Roma, 1890, pag. 322 e seg.

la maggiore larghezza che l'assenza del padrone, la difficoltà delle comunicazioni devono consentire al capitano o maestro della nave.

Applicando per ragione di parità o d'analogia queste norme al fatto degli uffici pubblici, conviene distinguere due casi: l'uno che le persone di cui il capo d'ufficio si servì fossero date a lui in sussidio per legge o per regolamento, ovvero, se anche estranee, fosse autorizzato ad assumerle; l'altro, al contrario. Nel caso negativo, non essendo il danneggiante un funzionario pubblico, non si può parlare di responsabilità dell'amministrazione. Nè si dica che il danneggiante era deputato dal funzionario e che, questo essendo responsabile per sè, la colpa deve ricadere sull'amministrazione che tiene ai suoi servigi un funzionario arbitrario. Imperocchè, avendo il funzionario usurpato una facoltà che non gli competeva, esso ha operato fuori de' confini del suo ufficio. Nel primo caso è chiaro il contrario per le contrarie ragioni. L'amministrazione è sempre responsabile d'aver conferito facoltà di nomina a chi non ne era capace nè degno.

Alla teoria dei limiti della responsabilità appartiene la questione se all'amministrazione sia concessa la eccezione dell'ultimo capoverso dell'art. 1153, cioè la prova di non aver potuto impedire il fatto di cui dovrebbe essere responsabile (1). Fu visto di sopra che questa eccezione, che non era nella teoria romana, cioè nei quasi delitti noverati nelle fonti romane, fu indotta dal legislatore francese ristrettamente però ai casi dei genitori, dei tutori, dei precettori ed artigiani, esclusi i due casi analoghi del committente e del padrone.

Vedemmo come la ragione di questa distinzione fosse che la responsabilità dei primi si basava sopra il debito della sorveglianza, che ammette per sua natura una prova contraria, essendo un fatto continuato: invece la responsabilità dei secondi si fondava sul solo fatto della scelta congiunto ad una presunzione di diritto. Posta una tale distinzione e una tale ragione di differenza, è chiaro che la eccezione non può concedersi all'amministrazione pubblica (2). Essa ripugna al concetto stesso del rapporto institorio, che è la

(1) C. Orléans 21 dicembre 1854 (S. V. 55, 2, 661). — C. C. Parigi 5 novembre 1855 (S. V. 57, 1, 375).

(2) C. C. Napoli 29 novembre 1865 (*Legge*, IX, pag. 101). V. *contra* C. C. di Firenze 8 maggio 1866 e C. C. Napoli 15 maggio 1869 (*Annali*, 1869, I, p. 6 e 157).

garanzia del preponente pei fatti del suo preposto. Molto meno quindi può ammettersi la prova della diligenza usata nella nomina del funzionario. Il fatto avvenuto basterebbe a smentirla e sarebbe impossibile poi di provare che una diligenza maggiore non sarebbe bastata ad impedire il male.

Se la scusa fosse da ammettere, meglio sarebbe assolvere in tutto e per sempre lo Stato. Ma se quella omissione di una possibile maggiore diligenza è la base vera e morale eretta da legge a presunzione, punita colle sanzioni della responsabilità, da formare lo stimolo principale dell'attività e della moralità nei rapporti della vita privata e sorreggere in essi questo salutare istituto deve anche aver la sua forza nei rapporti pubblici nell'interesse della tranquillità e della sicurezza sociale.

Se si consideri che il supremo dovere e interesse dei governanti è la buona scelta degl'impiegati, non parrà soverchia sanzione la responsabilità dello Stato e delle amministrazioni pubbliche che è l'unico istituto che faccia sentire alla nazione stessa la solidarietà del buono e del reo governo e la verità del principio che ogni popolo ha il governo che si merita. Ad ogni modo è indubitato che, tolta via quella responsabilità, è tolta ogni sicurezza ai cittadini che hanno a far collo Stato, è gettato il turbamento negli animi, la diffidenza e la incertezza nel mondo degli affari e nella vita sociale.

Non cade inoltre dubbio che l'amministrazione abbia diritto a rimborso contro l'ufficiale infedele di quanto pagò per colpa sua. Il regresso non è ammesso tra complici di uno stesso delitto o danno, poichè ciascuno paga il proprio debito e per propria causa (1). Ma i rapporti del contratto institorio per quanto concerne non i preponenti e i preposti inverso il terzo, ma il preponente e il preposto tra loro, non sono quelli di complici di un delitto o di una colpa, ma sono quelli contrattuali di committente e commesso, onde nasce l'obbligo al preposto di risarcire i danni che la sua colpa al preponente arrecò. Nè può egli, il preposto, eccepire contro il preponente la colpa nella scelta o nella sorveglianza, come può invocarla il terzo, perchè non è lecito allegare la propria turpitudine (2).

---

(1) LAURENT, t. II, n. 622.

(2) VOECT, *Ad Pand. de inst. act.*, n. 4.

È infine ammesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza che, nella misura de' danni, si debba avere un riguardo al grado di colpa, vedere cioè se il funzionario fu colpevole di dolo o di lata colpa, o solo di una mancanza di estrema negligenza o di raffinata prudenza (1).

Concludendo sulla parte della responsabilità indiretta per danno delle amministrazioni pubbliche, diciamo: nè la natura generica dell'ente morale, nè la specifica delle amministrazioni pubbliche sono ragioni, perchè l'idea della responsabilità indiretta pei fatti dei funzionari sia da negare e neppure da ridurre ai limiti di una eccezione. Nemmeno è da cercare nel doppio ordine di funzioni e di personalità dello Stato una distinzione che affermi in uno, neghi nell'altro tale responsabilità. Solo nelle condizioni generali del rapporto institorio e ne' limiti della sua sfera giuridica può sorgere varietà di applicazioni, nel senso affermativo o negativo, del principio generale della responsabilità.

Per tale modo anche codesta questione dallo sviluppo della idea dello Stato e dal principio della eguaglianza applicato ai rapporti sociali viene ricondotta alla unità del diritto. Il che però non vieta che e per lo stato della giurisprudenza e per quello della dottrina e per le formule ristrette della nostra legislazione codificata possa parere opportuna una legge sull'argomento.

E riassumendo poi in un punto sintetico tutta l'ardua materia della responsabilità sia diretta sia indiretta, sia dei funzionari pubblici sia dell'amministrazione, nel campo del diritto pubblico amministrativo, a noi pare poterla chiudere in questi ultimi termini:

L'atto amministrativo *regolare* obbliga l'amministrazione sola.

L'atto amministrativo *irregolare* obbliga: se incompetente, il suo funzionario; se eccessivo, il funzionario direttamente e l'amministrazione indirettamente; se solamente inopportuno ossia semplicemente *abusivo,* nè l'uno nè l'altra, salvo i compensi dovuti d'altronde per diritto.

---

(1) Vedi Sourdat, loc. cit., n. 659 e la giurispr. presso Bonasi, n. 305 e seg. Vedi tuttavia il Laurent, t. II o XX, n. 462, 403 e seg.

# SEZIONE TERZA

# L'AZIONE AMMINISTRATIVA
## IN ORDINE AGLI OGGETTI

---

## TITOLO I.

## Oggetti aventi ragione di mezzi.

La funzione obbiettiva istrumentale della pubblica amministrazione si ritrova in due ordini, materie e persone; forza pecuniaria, forza muscolare; finanza e milizia. Ma perchè questo modo di considerar la forza armata non è conforme alla dignità del cittadino, e l'elemento morale e subiettivo negli ordini militari prevale tanto all'economico e giuridico, amiamo meglio rimandare il concetto della milizia al secondo titolo, considerandola sotto l'aspetto d'una forma di azione, che spiega lo Stato pel raggiungimento dei suoi fini, anzichè come di un istrumento e di un mezzo.

Fonti della fortuna pubblica sono: la proprietà mobiliare e immobiliare, l'imposta e i monopolii, il credito, l'espropriazione per causa di pubblica utilità.

A considerare la pubblica fortuna dall'aspetto del diritto comune e oggettivamente, la fortuna dello Stato, e in generale delle amministrazioni pubbliche, si compone, come il patrimonio de' privati, di cose immobili e mobili, corporali e incorporali, di debiti e crediti. Ma codesti concetti generali ricevono qui inflessioni nella loro applicazione alla persona e alla ragione pubblica. Il concetto di proprietà si modifica e da *patrimonio* diventa *demanio*. Tra' diritti, o cose incorporee, ossivvero tra' modi di acquistare, ne sorgono

di speciali, come quel dell'imposta e del monopolio, e l'altro della espropriazione coattiva, e quel della occupazione delle eredità vacanti, e delle confische e multe o ammende penali.

Da che si vede che la partizione delle fonti della pubblica fortuna non coincide con quella dei modi di acquisto del diritto comune, nè si riferisce ad una sola categoria logica, ma confonde insieme le due diverse idee, di proprietà in *essere* e di proprietà in *divenire;* della proprietà obbiettiva e del modo di acquistarla. Il rigor della logica giuridica domanderebbe che si distinguesse la fortuna oggettiva, ossia la proprietà, da' modi speciali di acquistarla. Benchè il modo di acquisto rientri nel concetto di diritto, perchè ogni modo presuppone un diritto, tuttavia si possono logicamente separare e distinguere secondo che si consideri e si studi il diritto fatto e formante già il patrimonio, ovvero il fatto giuridico che lo crea. L'imposta, per esempio, considerata come diritto realizzato, si confonde colla proprietà mobiliare e non presenta materia di diritto speciale. Considerata come fatto giuridico onde la proprietà si acquista, diventa obbietto di speciale trattazione, la cui sede logica sarebbe tra' modi di acquisto della fortuna pubblica.

Ma rimessi così al loro posto i concetti, concediamo che alla comodità di una trattazione del diritto obbiettivo speciale dell'amministrazione pubblica risponda meglio la empirica classificazione di essa fortuna pubblica secondo le fonti, in quanto si tolga a considerarla come il complesso de' mezzi a sostenere le pubbliche spese, ossia delle sorgenti di *rendita pubblica,* distinguendo così e collocando alla pari e il patrimonio dello Stato già fatto e costituito in un capitale, e l'entrata annuale dell'imposta e de' monopolii, o quella straordinaria del credito e di altri diritti speciali, benchè codeste tre ultime cose non siano che modi di formare e acquistare la proprietà.

## CAPO I.

## Proprietà pubblica.

L'amministrazione, come ente che vive nel diritto comune, è proprietaria. La proprietà sua è conseguenza logica della sua natura giuridica.

La teorica della proprietà pubblica deve trattare:

1. Il concetto generale;
2. La storia delle sue forme;
3. La sua natura e classificazione;
4. I rapporti tra la proprietà pubblica e la privata;
5. Il suo regime giuridico-amministrativo.

ART. 1. — *Concetto generale.*

Fu tempo in che per proprietà pubblica s'intese la sovranità territoriale dello Stato, e anche oggi si parla di un dominio *eminente* dello Stato sui beni, onde derivi il diritto delle imposte, della espropriazione coattiva e simili. Tali significati sono affatto distanti da quello qui adoperato. Il rapporto della sovranità al territorio, quello di un'amministrazione alla sua sfera pur di territorio e alla sua frazione di popolazione, onde si generano i concetti dalle varie giurisdizioni politiche, fiscali, del domicilio o appartenenza civica, sono rapporti e concetti di diritto pubblico, anzi politico rigoroso, di cui altrove si parlerà: *impero,* non *dominio* (1). Qui non si tratta se non della proprietà nel senso di diritto privato o di diritto civile *speciale.*

La proprietà essendo il diritto di godere e disporre delle cose, può godersi e disporsene in due modi principalmente: o direttamente usandone, o indirettamente cambiandola con altre cose, che poi sono direttamente usate. In altri termini il godimento, l'utilità della proprietà si può dal proprietario percepire o nel suo valore d'*uso* o nel suo valore di *cambio.* Il proprietario gode della casa che abita, consuma i prodotti del suo fondo, si compiace della bellezza della sua ricca suppellettile, de' suoi musei, delle sue ville: esso gode della sua proprietà nel suo valore di uso. Il proprietario affitta gli edifici superflui a' suoi bisogni, vende i prodotti sovrabbondanti de' suoi fondi, e riceve altri prodotti o denaro, che poi spende per procacciarsi altre cose di cui godrà direttamente o anche indirettamente.

Anche lo Stato (e con esso ogni pubblica amministrazione) così adopera: o usa della sua proprietà, o la concambia. Le strade, i

(1) V. BLUNTSCHLI, *Allgem. Staatsrecht.* 2 Buch. 24 Cap. (*Gebietshoeit Staatseigenthum*).

ponti, i fiumi, le chiese, i teatri, le fortezze, i musei, le biblioteche sono proprietà di cui lo Stato, cioè l'universalità de' cittadini (1), gode direttamente e usufruisce nel suo valor di uso. I campi, i boschi, le case, i mobili che lo Stato non può per sua natura usare, cioè godere direttamente, loca, vende, affitta o cambia, onde col prodotto di codeste permutazioni acquistare altre utilità di che alla volta loro direttamente o indirettamente secondo sua natura usa e fruisce. Il primo genere di proprietà rapportato allo Stato si chiama, in senso speciale, *demanio:* il secondo *patrimonio.* Semplice, così meditata, s'appalesa la travagliata distinzione e la diversa origine de' beni demaniali e patrimoniali dello Stato. Ma risponde essa alla storia della proprietà pubblica? al concetto che se ne dà nelle leggi, nel fòro, nella dottrina? Vediamolo ne' due seguenti articoli.

### Art. 2. — *Cenni storici sulla proprietà pubblica.*

La storia del concetto della proprietà pubblica non può farsi che raggruppandone le varie forme e i vari sistemi attorno al concetto generale di una massa di beni appartenenti ad uno Stato o ad una comunità e goduti da essa o dall'universalità de' suoi membri.

I romani riconobbero sempre una proprietà pubblica *(bona publica),* concepita in forma che il diritto fosse del popolo romano, quindi collocata *extra commercium,* come il fòro, le vie, i fiumi, l'*ager,* ma l'uso fosse di tutti i singoli, cioè comune, a differenza delle cose veramente comuni pur dette talvolta pubbliche il cui uso è di tutti, la proprietà di nessuno (2).

Concepito il popolo proprietario, che è la più pura e vera e semplice forma della proprietà pubblica, non è a dubitare che, secondo il modo di uso o la destinazione, anche presso i romani esistesse la storica realtà della doppia specie di pubblica proprietà (3). Così l'*ager publicus* potea dirsi d'uso pubblico o demaniale come le *viæ*

---

(1) Vedi vol. I, sez. 1, cap. 1.

(2) L. 6 *De rer. divis.* L. 1 pr., ff. *De rer. divis.:* « *quae publica sunt nullius in bonis esse creduntur* ». E la L. 3 *nequid in loc. publ.:* « *Ipsius enim universitatis esse creduntur. Litora in quae populus romanum imperium habet, populi romani esse arbitror* ». E la leg. 2, ff, *De via pub.: Viam publicam populus non utendo amittere non potest* ». *Contra* la L. 14 D. *De adq. rer. dom.*

(3) Muhlenbruch, *Doctrin. pand.*, § 218.

*consulares;* mentre le diverse altre specie di agri conquistati, quale il *vectigalis,* dato in censo: il *quæstorius,* dato in fitto: lo *scriptuarius,* a pascolo con fida *(certum aes),* si sarebbero potuti dire patrimoniali.

E a questa seconda specie di pubblica proprietà può riferirsi e fu riferito l'*ærarium.* Così detto il luogo ove si raccoglieva il danaro ritratto dai tributi (il tempio di Saturno), esso passò a significare tutti i beni e diritti dello Stato, e così tutto il patrimonio della repubblica, compresovi appunto il ritratto delle imposte, le quali, demaniali essenzialmente come diritti, eran patrimoniali nel loro prodotto. E dall'*ærarium* sotto Augusto fu distinto il *fiscus,* peculio dell'imperatore (1); distinzione surta dopo la divisione delle provincie tra l'Imperatore e il Senato, ma a poco a poco svanita mano a mano che la personalità del principe si facea prevalente a quella della repubblica, sino a sparire completamente già prima di Giustiniano a' cui tempi rimaneano, come fu detto, di nomi distinti, ma una sola e medesima cosa, l'erario ed il fisco, tutto essendo il patrimonio pubblico considerato proprietà del principe.

Sotto i barbari dividonsi le terre conquistate tra il re e i commilitoni, lasciatane una parte ai vinti *(allodium).* La parte dei commilitoni data prima in concessione temporanea *(beneficium),* poi vitalizia, poi ereditaria, origina il *feudo.* La parte del re destinata agli usi della corona e alla difesa dello Stato si chiamò *ius coronae, ius regni,* a cui si unì un *fiscus,* o prodotto dè' tributi detto eziandio *curtis regia* o *camera (camera aeris).* Accanto a queste proprietà pubbliche, ma personificate nel principe, che si considerano dai giureconsulti, come Baldo e Ottomanno, qual dote datagli pel mantenimento della persona e per lo splendore della sua dignità (2), vi era anche un *regio allodio* o proprietà particolare del re, come poi v'ebbe in ogni barone, ad immagine del patrimonio regio, un *allodio* feudale accanto al *feudo.*

In codesto sistema di proprietà abbiamo non i nomi, ma gli elementi d'una proprietà pubblica e d'una particolare del principe, e in quella abbiamo la proprietà che serve alla nazione e principalmente alla difesa dello Stato, e quella che serve al principe come

---

(1) *Quod populus ab se abdicavit et transtulit in principem* (CUJAC. in cod. *De jure fisci*).

(2) V. PERSICO, *Princ. di dir. amm.*, v. II, p. 7 e seg.

tale; ma gli usi diversi non costituiscono entità nè concetti, nè nomi separati. Anzi, col tempo e colla cultura giuridica risorta presso i regni feudali, l'idea della proprietà e del dominio delle cose si associa a quella della giurisdizione ossia dell'impero sulle persone e ambedue vanno a riunirsi sotto un genere comune di diritti di *maestà* che sono le *regalie*. Le quali sono *maggiori* o *minori, essenziali* o *non essenziali* alla corona. Alle prime si riferiva il far leggi o il dispensarne, il giudicare, il punire, il creare i magistrati o i nobili, il levar tributi, il batter moneta. Le seconde contenevano le rendite e i beni provenienti da' fondi pubblici e dalle confische, dalle dogane, da' monopolii riservati allo Stato, le vie, i prati, i fiumi. In questa classificazione si vedono vaghi e confusi gli elementi che un tempo distinsero ed oggi distinguiamo co' nomi di demanio, fisco, erario.

Sorge a quest'epoca la voce barbara *demanium*, sia che derivasse da *dominus*, sia da *dominium* o *domus*, che non importa molto. Voce lata che non crea al nascere la distinzione tra *demanio* e *patrimonio* pubblico, anzi assorbe l'antica tra l'*erario* e il *fisco*, e abbraccia le moderne di patrimonio dello Stato e della corona, e si estende ed applica a ogni complesso di beni sia del principe, sia della nazione, sia del barone, sia de' municipii, sia anche della chiesa: onde le svariate specie del demanio regio, pubblico, feudale (detto anche *mansus*), ecclesiastico, e del municipale che si distingue in quello del comune, *comunale*, e quello del popolo, *universale*. Era dunque il demanio voce di proprietà riferita a un potere, a un corpo, e si distingue solo e contrappone all'allodio o patrimonio personale del principe.

Sotto le dominazioni barbariche permanendo il diritto municipale ed anzi, come credesi, estendendosi da' *cives* agl'*incolae*, dovette rimanere una proprietà municipale cioè i *bona universitatis* o *publica*, inservienti agli usi di tutti, in proprietà della stessa università o del popolo, e che dovette nelle nuove nomenclature barbariche chiamarsi *demanium municipale*. Ma ebbe a subire anch'essa la influenza della feudalità, e a seconda che questa fu meno o più invadente, dovette o rimanere isolata e contrapposta al diritto feudale, o venir modificata e talvolta assorbita da esso. In Francia e in alcuni paesi d'Allemagna, ove il feudo investì tutte le parti della vita, ove invalse il principio «*non c'è terra senza signore*», dove ogni diritto privato o pubblico doveva rattaccarsi per suprema pre-

sunzione a una concessione sovrana, anche i beni pubblici e delle università *(communeaux)* divennero cose feudali, concessioni e diritti del re o del barone, quindi i pedaggi e le altre imposizioni sull'uso di tali beni. Dove invece, come in Italia, e segnatamente ne' grandi comuni e nel mezzogiorno, il feudo meno attecchì e furono quasi sconosciuti i feudi *oblati* e la presunzione fu per l'allodio e non pel feudo, l'elemento municipale resistette al feudale e rimase inviolata la pubblica proprietà, anzi fu presunta nazionale la stessa proprietà del feudo, in usufrutto al barone. S'aggiunse in Italia la tradizione romana e una giurisprudenza autorevole, che lottarono con salutare successo contro le violazioni baronali delle proprietà pubbliche, e San Tommaso proclamava contro le pretese regie la libertà delle vie *jure naturae et gentium*, e con ardita ma bella interpretazione diceva che si chiamavan *regie* le strade sol perchè *debet esse libera cuilibet transeunti innoxie jure humanae societatis* (1), e solo per la giurisdizione e protezione, non già perchè fossero in *Fisci vel Cæsaris dominio*, aggiungeva Andrea di Isernia. E i pontefici Alessandro III e Innocenzo III condannarono le usurpazioni e le pretese de' baroni sulle pubbliche vie e l'abuso dei *pedaggi* e de' *servaggi*. Quindi si stabilirono i demanii comunali, ritenuti da alcuni concessioni regie, per la necessità logica di riannodare ogni proprietà al dominio universale del re, da altri meglio stimati proprietà popolari indipendenti: ma tali infatti sempre si mantennero, chè anzi giunsero le popolazioni ad acquistarsi diritti e servitù sui feudi stessi, di pascoli, di legnare, di sementi, di acqua, diritti detti anch'essi demanii feudali (2).

Nelle monarchie uscite dalle rovine del feudalismo il concetto della proprietà pubblica si modificò sull'innesto della tradizione imperiale romana, accentuandosi per la nazione o pel principe secondochè nel concetto e nella forma di Stato prevaleva l'elemento oggettivo della sovranità o soggettivo del principe. In Francia tutta la proprietà pubblica era, a quel tempo, demanio della corona, ossia del principe come personificazione della nazione, e tanto prevale la idea di questa personificazione da assorbire nella rappresentanza pubblica la persona privata del re e confiscare a beneficio della corona il patrimonio privato di questo al trono in virtù del pre-

(1) *De regim. princ.*, lib. 2, cap. 12.
(2) V. ROSENTAL, *De jure feud.*

sunto connubio del re colla nazione; presunzione giuridica da cui non si potè sottrarre Enrico IV, essendo alle sue patenti stato rifiutato il registramento, onde dovè revocarle con editto del luglio 1607 (1). Però la proprietà del demanio pubblico fu sempre considerata come avente il suo subbietto nella nazione, senza il cui consenso alienare non si potesse (2).

In Inghilterra la proprietà pubblica era nazionale, amministrata dal re a profitto della nazione; poi sotto Guglielmo III, richiamata l'amministrazione al parlamento, furono dati alla corona quegli assegni pecuniarii che ebbero il nome di *lista civile* a condizione di alcuni carichi pubblici come di mantenere i giudici e gli ambasciatori. Al quale assegno fu poscia, sotto Giorgio III, a proposta del Pitt, aggiunto un patrimonio particolare mobiliare ed immobiliare, di cui potesse il re disporre vivente, non testare: specie di demanio della corona, con facoltà di alienazione, oltre l'usufrutto (3).

Affermata colla rivoluzione francese la distinzione fra lo Stato e il suo capo che è il re, fu affermata eziandio la distinzione fra il demanio dell'uno e il demanio dell'altro (4), salva però sempre allo Stato la proprietà del demanio della corona, e assegnata sul bilancio nazionale una *lista civile;* la quale per la costituzione del 3 settembre 1791 doveva determinarsi dal parlamento al principio di ciascun regno (5). La distinzione fu imitata negli altri stati di Europa, ma non così netta fu nelle leggi francesi e nel codice la distinzione subalterna dei beni dello Stato e delle altre organiche amministrazioni in *demanio* e *patrimonio,* e solo la interpretazione della dottrina e del fòro, sulla traccia de' principii e conciliando le disposizioni degli articoli 537, 538 e 2227, formulò la distinzione applicando alle due specie un differente regime giuridico. Il codice

---

(1) La separazione del patrimonio privato del re dal demanio della corona e della nazione è consacrata solo nella legge 2 marzo 1832.

(2) GROZIO, *De jure belli et pacis*, l. 2, c. 6, § 11.

(3) BLACKSTONE, *Comm. sur les lois angl.*, liv. 1, c. 6, ch. 8: FOUCART, *Dr. adm.*, t. 2, pag. 29.

(4) Il demanio della corona fu venduto per la legge del 21 dicembre 1789, eccetto i boschi e le case reali, regolate poi colle leggi 26 maggio e 1° giugno 1791: spento colla monarchia, ricostituito dall'impero co' residui dell'antico (FOUCART, *Dr. adm.*, t. 2, p. 11).

(5) V. decreti 26 maggio 1791 e 3 settembre 1791, legge 2 marzo 1832, rescritto 12 dicembre 1852.

italiano ed altri de' codici o delle leggi degli Stati italiani anteriori tradussero la distinzione nelle formule della scienza, enunciandole tecnicamente quanto allo Stato, e non tecnicamente, ma chiaramente abbastanza, in quanto ai comuni e alle provincie.

Da tali cenni risulta che nelle varie epoche e fasi della storia e del diritto vi fu sempre una proprietà del principe, una del popolo, in usi pubblici diretti o indiretti, ora realmente o scientificamente confuse, ora distinte, secondochè il concetto predominante nella ragione di Stato era subbiettivo od obbiettivo, formale o reale, come si ebbe eziandio una proprietà comunale co' diritti di cittadinanza od usi popolari in varie forme.

### ART. 3. — *La specie della proprietà pubblica.*

La proprietà pubblica si distingue, in ordine a' suoi soggetti, in proprietà dello Stato, delle provincie, dei comuni.

Lasciando per ora stare la proprietà della corona, che non è da un lato se non una frazione della proprietà dello Stato destinata all'uso del re, dall'altro un puro assegno sul bilancio che non presenta caratteri speciali di proprietà, la proprietà dello Stato, delle provincie, dei comuni si suddivide (come si disse) in ragione del modo di godimento, secondochè è destinata all'uso immediato del popolo, ovvero all'uso mediato di esso col cambiarla in valori coi quali procurare le pubbliche utilità. Suole il primo ordine di proprietà chiamarsi de' beni demaniali, di uso pubblico; il secondo, beni patrimoniali dello Stato, comuni o provincie: distinzione che reca seco differenza di regime amministrativo e legale.

La questione è se a codeste due categorie di proprietà corrisponda eziandio differenza di natura giuridica.

Che al patrimonio pubblico, sia dello Stato, sia del comune, sia della provincia, convenga la vera natura di proprietà privata, salvo qualche differenza di trattamento giuridico privilegiato in qualche epoca e in qualche legislazione, è consentito da tutti.

Non così al demanio pubblico. La più generale opinione si è che i beni demaniali tanto siano giuridicamente differenti da' patrimoniali che essi neppur costituiscano una proprietà di vero nome dello Stato o del comune: che lo Stato o il comune non vi abbiano se non una ragion di impero, la protezione, la tutela, l'amministrazione, che siano non veri diritti ma piuttosto doveri, o al più di-

ritti *sui generis*. La proprietà essendo il diritto di godere e disporre della cosa nella maniera più assoluta, codesto criterio, nonchè convenire, ripugna anzi a quella ragion di beni pubblici dei quali lo Stato non solo non può godere come università, come ente, nè alienarli o comechessia disporne, ma deve anzi conservarli e mantenerli all'uso cui sono consacrati. Codesti beni come imprescrittibili, inalienabili, son fuori di commercio « *quæ publica sunt nullius in bonis esse creduntur* » (1). Non hanno dunque veramente un padrone, nè il possono avere.

A codesto sistema suffragano i più noti autori della materia, il Proudhon (2), il Ducrocq (3), il Laurent (4), il De Gioannis Gianquinto (5), il Persico (6), il Pacifici Mazzoni (7), e molte decisioni di tribunali nostrani e stranieri (8). Rare autorità suffragano il contrario assunto, tra cui il Garnier (9), il Troplong (10) il Wodon (11) e taluni altri (12).

È nostro avviso che la prima opinione sia errata nei concetti,

---

(1) L. 1 pr., ff. *De divis. rer.*

(2) *Domaine publ.*, I, p. 19, 62, 238.

(3) DUCROCQ, *Cours de droit adm.*, t. 2, 764.

(4) *Princip.*, VI, 1, 2, 4, 7, 46, 54, 63, 64. V. però n. 28-35.

(5) *Corso di dir. amm.*, I, § 381.

(6) *Princ. di dir. amm.*, II, p. 9.

(7) *Distinz. di beni*, n. 78.

(8) V. pure DALLOZ, *Rép.*, v. *domaine public*; AUBRY e RAU, 3 ed., § 169: DEMOLOMBE, *Traité de la dist. des biens*, n. 457; RICCI, *Dir. civ.*, vol. 2, n. 44, 45; MATTEI, *Cod. civ.*, vol. 2, n. 3.

(9) V. PROUDHON, op. cit., § 217, 238.

(10) *Prescript.*, n. 144 e seg.

(11) *Traité des choses publiq.*

(12) Tra' quali, dopo scritte le presenti pagine, ci è dato annoverare con piacere l'illustre professore Vittorio Scialoja in una dotta monografia *in nota* al *Foro italiano*, 1880, I, 1116, a cui rinvieremo per la letteratura ed erudizione, specialmente antica, sulla questione della proprietà demaniale, e sulla classificazione delle cose comuni e pubbliche, sia nella giurisprudenza intermediaria, sia nella recente dottrina e giurisprudenza tedesca, ridestata specialmente da questioni insorte fra' due cantoni di Basilea sulla proprietà delle fortificazioni di Basilea. Alla quale questione può aggiungersi l'altra odierna delle fortificazioni di Vienna demolite e convertite nella *Ringstrasse*, questione di proprietà tra il demanio dello Stato e la città, sopita con un decreto imperiale, ma non decisa ancora. Vedere la legge dell'impero 25 maggio 1813, di cui il MAUDRY, *Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze* nell'*Arch. für die civilistische Praxis*, 1877, p. 8 e seg.

contraddetta dalle fonti del diritto e dalle stesse moderne legislazioni francese e italiana.

La proprietà, varia nella forma e nella estensione, è una nel suo concetto, e consiste in un rapporto o vincolo della persona colla cosa, e in un potere diretto della prima sulla sostanza della seconda. Qualunque sia codesto potere, attuale o potenziale, assoluto o limitato, libero o gravato, pieno o diviso, esso è sempre una proprietà.

Il fondo dato in enfiteusi, quello gravato da pegno o da servitù, il fondo dotale inalienabile, il fondo dato in feudo, il fondo in proprietà nuda, e di cui altri gode l'usufrutto, è sempre *mio*. Questi sono forme e gradi intensivi ed estensivi della proprietà che crescono o attenuano le facoltà elementari sue di godimento, di disponibilità, non le sopprimono radicalmente e integralmente, onde la proprietà, che è essenzialmente e risiede nel complesso di esse facoltà e in ciascuna di esse, rimane giuridicamente ed essenzialmente la stessa.

Ora se si considera la posizione delle cose in rapporto al diritto di proprietà (1), esse sono: *a) nullius* che *cedunt primo occupanti:* rapporto negativo della cosa alla proprietà *possibile; b) comuni:* rapporto *contradittorio* ed *esclusivo* della cosa alla proprietà, in quanto questa è impossibile a certe nature di cose utili, ma d'inesauribile utilità, come l'acqua fluente, il mare e l'aria, onde solo in esse possibile è l'uso infinito di tutti; *c) pubbliche:* rapporto positivo della cosa a persona pubblica; *d) private:* rapporto medesimamente positivo a persona privata.

Come si vede, le ultime due specie, identiche quanto al rapporto in sè medesime, non differiscono se non pel soggetto al quale si appartengono. Ma le pubbliche, come le private, sono differenti dalle *nullius* e dalle *comuni,* in quanto le *nullius* e le *comuni* escludono la proprietà, quelle *in actu*, queste anche in potenza, e le pubbliche invece come le private l'ammettono, e sono in proprietà, con questa differenza che mentre le private sono in proprietà di taluno *(ullius),* cioè di una persona privata, le pubbliche non sono in proprietà di alcun privato, e quindi NULLIUS *in bonis esse creduntur:* ma hanno però anch'esse un padrone, l'università, « *ipsius enim universitatis esse creduntur* », come il giurecon-

(1) V. la classificazione romana, *Instit. pr. de rer. div.*

sulto nel medesimo testo soggiunge (1). E questo è un primo errore della dottrina che esaminiamo o almen di taluni de' suoi difensori, come il Laurent che cita l'art. 714 del codice francese a proposito del demanio pubblico (2), confondere le cose pubbliche colle comuni e colle *nullius*, ingannati forse dall'equivoco senso della parola *communis* nel diritto romano, ove si dissero anche le cose pubbliche *communia civitatum*, e il lido del mare e le acque si chiamaron talvolta pubbliche, e negare la proprietà delle cose pubbliche sol perchè non appartengono ad alcun privato esclusivamente.

Ma codeste cose sono, si dice, inalienabili, imprescrittibili di natura loro, anzi fuori di commercio: dunque non ammettono appropriazione. A noi pare che in tali argomenti vi sia equivoco e scambio di concetti differenti. È da distinguere nella cosa l'appropriabilità e la commerciabilità. Il primo concetto riguarda la suscettibilità di un'originaria occupazione, cioè della proprietà in sè medesima; il secondo riguarda la commutabilità, il passaggio da un proprietario all'altro. Una cosa inappropriabile *a fortiori* è *incommerciale*, e quindi tali si posson dire e furono dette le cose *comuni*, ma al rovescio una cosa incommerciale non vuol dire che è sempre inappropriabile. Forse nella realtà de' fatti la cosa appropriabile è sempre, almeno virtualmente, commerciabile. Lo stesso Laurent dice: « *Une chose est dans le commerce par cela seul qu'elle a un maître* » (3), il che, se non ci pare esatto nel senso dell'identità logica dei due concetti, è vero nel risultato reale delle cose, perchè l'avere un padrone importa la possibilità di cambiarlo: ond'è che la incommercialità delle cose non è mai se non condizionata e relativa; in questo senso intesa la *commercialità*, si può confondere coll'*appropriabilità*. Ma intesa la commercialità in senso *concreto* e *attuale* è cosa diversa dall'appropriabililà, potendo una cosa aver un padrone e pur tuttavia non potere, durante una certa condizione, commutarsi cioè alienarsi o prescriversi. Tali appunto le cose pubbliche, che il diritto romano disse fuori di commercio, non però fuor di proprietà. Pertanto il dir le cose pubbliche incommerciali o s'intende per inappropriabili ed è falso, o solo per

(1) D. L. 1 pr. *D. de rer. div.*
(2) LAURENT, *Princ.*, VI, 54.
(3) LAURENT, *Princ.*, VI, 1, 2.

condizionatamente e relativamente incommutabili, e non significa che esse manchino di un proprietario. Dunque l'argomentare dalla incommercialità delle cose pubbliche alla loro insuscettività di avere un proprietario non vale.

La commercialità d'una cosa risulta dall'essere incapace di passare da uno ad altro proprietario, sia per atto di volontà dichiarata (alienazione), sia per atto di volontà presunta (prescrizione), onde i due elementi della commercialità sono alienabilità e prescrittibilità, elementi che anche presi alternativamente escludono la incommercialità e il solo difetto cumulativo di entrambi la costituisce.

La sola inalienabilità non fa che la cosa sia fuori di commercio, come non è fuori di commercio il fondo dotale, il fondo fidecommissario. La inalienabilità dunque delle cose pubbliche non esclude la proprietà, anzi la presuppone. E neppure la esclude, ma anzi la presuppone il concetto di imprescrittibilità, perocchè questo importa di necessità che il privato non può sottrarre per decorso di tempo al pubblico la cosa sua.

Aggiungasi che tanto la inalienabilità quanto la imprescrittibilità delle cose pubbliche è condizionata e relativa, come sarà dichiarato più innanzi, ed è quindi tale che non toglie punto al concetto essenziale della proprietà dell'ente, il qual concetto consiste in un potere sulle cose, tanto più forte quanto è più duraturo, perpetuo, sottratto a' modi ordinarii onde si perde.

Ma, esclusa la alienabilità e la prescrittibilità, ciò è a dire ammessa la incommercialità delle cose pubbliche, che resta del dominio dello Stato, delle provincie, de' comuni? Resta, rispondiamo, la disponibilità e il godimento.

Senonchè qui cadono le altre obbiezioni. Lo Stato non ha lo *jus utendi et abutendi* delle cose pubbliche, non la facoltà di trasformarle o distruggerle, ma il dovere di conservarle integre alla loro destinazione, cioè all'uso e vantaggio pubblico. Esso è il *moderatore*, ma non l'*arbitro* delle cose demaniali. Nè lo Stato medesimo è che gode, ma i singoli cittadini. Come dunque concepire proprietà nello Stato senza la disponibilità e il godimento? Come, se la proprietà essenzialmente consiste nelle facoltà di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta (1)?

(1) Cod. civ., art. 436.

Certamente lo Stato non può distruggere, come non può alienare, le cose demaniali. Ma questa facoltà è forse essenziale alla idea del dominio? Non confondasi la *essenzialità* del dominio colla *pienezza* del dominio. I legislatori moderni che tentarono l'ardua impresa di una definizione della proprietà, da cui i giureconsulti romani rifuggirono, memori che se *omnis in jure definitio periculosa,* molto più tale era la definizione del sommo dei diritti, la proprietà, non vollero però certamente definire l'essenza della proprietà ma il complesso di tutti i diritti inerenti nella loro attuale e totale pienezza. Vollero definire la proprietà in tutta la ideale sua estensione, includendovi tutte le gradazioni possibili, non già solo il grado sufficiente e specifico di forza che basta alla sua essenza e che non esclude le limitazioni e può applicarsi a tutte le forme attuali e reali della medesima. Sarebbe come chi definisse l'uomo per l'essere perfetto e sapiente, perchè l'uomo è capace di esserlo. Infatti il legislatore stesso, annunciata appena l'idealità del diritto, ne soggiunge praticamente la limitazione, *purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e da' regolamenti,* eccezione tanto lata da includervi ogni specie di limitata proprietà.

Ma la facoltà di abusare o distruggere è così poco essenziale al diritto di proprietà considerato nella sua purezza ideale, che non è nemmeno una facoltà anzi è un obbligo morale e talvolta giuridico il conservarla come lo prova lo istituto della inabilitazione.

E se lo Stato non può abusare o distruggere le cose pubbliche, egli è appunto perchè le leggi e i regolamenti glie lo vietano, e quindi il divieto della distruzione come dell'alienazione rientra nello stesso concetto sano e giuridico della proprietà e lo suggella.

Eccetto però l'abusare e il distruggere, e con esso il sottrarre all'uso naturale loro le cose, la facoltà di disporre di esse nello Stato o comune o provincia è piena come ne' privati. Codesto proprietario può rimutarle, trasformarle, modificarle a sua posta. Se si tratta di suolo pubblico può scavarlo, colmarlo, farvi opere e manufatti, toglier questi o alterarli. Chè anzi a far ciò esso non soffre neppure quegl'impedimenti che a' privati proprietari possono venire da servitù o altri diritti de' vicini. Che se non può, nel così disporre delle cose, togliere l'uso pubblico, questo uso pubblico non costituisce un limite alla proprietà dello Stato, ma ne forma il contenuto, come il conservare al proprio uso la cosa non toglie ma suggella e realizza la proprietà del privato e ancor quando dovesse

considerarsi come un limite esterno alla proprietà non la rinnegherebbe però, alla guisa stessa che un alieno diritto di servitù sul mio fondo non nega nè esclude il mio dominio.

Ma lo Stato non gode, si obbietta, de' beni demaniali, ma godono i singoli cittadini, perchè i beni demaniali son quelli dei quali l'uso appartiene a tutti i cittadini.

E innanzi tutto, data allo Stato la significazione che la obbiezione presuppone, non è vero che lo Stato, cioè i cittadini *uti universi*, la collettività, non goda de' beni demaniali. Le fortezze, le navi, le macchine da guerra, la casa comunale, la sede de' pubblici uffici, non è forse goduta dallo Stato in quanto tale? Non servono forse ad esso anzichè a' singoli cittadini secondo il concetto dei nostri oppositori?

Le cose demaniali sogliono appunto suddistinguersi in cose *d'uso pubblico* di cui si giovano i cittadini, *uti universi*, e in ccse d'uso pubblico, *uti singuli*. In quella prima categoria si verifica dunque l'uso e il godimento nel senso collettivo in cui gli autori dell'argomento lo intendono. Ora, se per quella prima specie di beni lo Stato si può intendere di usare e godere, e quindi essere proprietario delle cose demaniali, non si può dire in tesi generale che la *demanialità* non sia una vera *proprietà* perchè non ammetta il godimento del suo proprietario.

Ma l'obbiezione pecca d'un più profondo vizio, a nostro avviso, e reclama una più profonda e radicale soluzione.

La questione dominante nella materia è questa: chi è il vero soggetto della proprietà pubblica? È lo Stato gerarchico? È il popolo o collettività? Sono i singoli?

Quando si dice che lo Stato non usa ma il popolo o i singoli cittadini, evidentemente si intende lo Stato per contrapposto al popolo e ai cittadini. Quando si afferma che lo Stato non può disporre ma dee conservare all'uso pubblico, si fa pure il contrapposto tra l'unità collettiva dei cittadini o, meglio, il governo e i cittadini stessi. Quando si asserisce che lo Stato non può alienare o quando il Laurent dice che per lo Stato la proprietà è meno un diritto che un carico (1), si intende per esso qualcosa men che la universalità de' cittadini, s'intende cioè la sua rappresentanza organica, anzi la sua amministrazione, il suo governo: quando infine dicesi

(1) *Princ.*, VI, 50 e seg.

che lo Stato gode esso medesimo de' beni patrimoniali o di certi beni demaniali, come le fortezze, allora lo Stato prendesi ancora per la universalità collettiva.

Nè del pari è sempre chiara la distinzione che s'intende fare parlandosi del soggetto della proprietà e dell'uso della proprieta, quando si parla di *università*. di *cives uti universi*, di *cives uti singuli*, essendochè il secondo di tali modi ora si identifica col primo, come quando si dice che certi beni demaniali, come le fortezze e le mura della città sono in uso dello Stato o de' cittadini *uti universi*, ora si contrappone come allora che si dice certi altri beni demaniali, posseduti dallo Stato e dalle università, essere non de' cittadini, *uti universi*, cioè della *major pars* (1), ma *uti singuli*, come avviene delle vie, campi e boschi pubblici. Nè sempre costante è il senso che si dà all'espressione *uti singuli*, talvolta significando i cittadini come parti e membri dell'università e contrapponendosi a questa quale unità e persona ideale ed autonoma *(non integrum sed pars integri)*: talvolta contrapponendosi invece alla stessa espressione di *civis*, a significare l'individuo in quanto persona distinta affatto dallo Stato e fuori de' rapporti di cittadinanza. Da tale moltiplicità di sensi, e da tale varieta di significati del medesimo vocabolo non è maraviglia se la confusione si generi, la questione si aggravi e quindi interessa sommamente riporre non solo i nomi alle native e genuine loro significazioni, ma le idee e le cose al loro posto.

È sempre la natura dello Stato, anzi dell'università e dell'ente in generale cui bisogna far capo in somiglianti questioni. Lo Stato non è un'astrazione ma è una realità: non è questo o quell'uomo, ma tutti gli uomini coabitanti in un territorio, congiunti da certi vincoli di razza, di lingua, di storia, di costumi o solamente di leggi e di governo. Lo Stato non è neppure il suo governo nè la sua rappresentanza: è il popolo governato e rappresentato. Le gerarchie statuali, gli ordini sono elementi pei quali un popolo è Stato, ma la sostanza e il contenuto vero dello Stato è il popolo, cioè i cittadini stessi. La gerarchia, la rappresentanza s'identifica *giuridicamente* collo Stato in quanto lo rappresenta, ma non è lo Stato, come il mandatario non è il mandante. La gerarchia agisce per lo Stato, non è se non per lo Stato: le persone che la formano

(1) Per esempio il CENNI, *Studii di dir. pubb.*, p. 204 e gli autori ivi citati.

giuridicamente s'annullano nello Stato, scompaiono dinanzi ad esso. È la gerarchia una fizione in quanto agisce per lo Stato e a nome dello Stato: non è lo Stato la cui verità sostanziale è il *popolo* solo.

Fermato codesto concetto, dicasi pure che lo Stato è il subbietto vero della proprietà pubblica, ma a patto d'intendere con quella parola non la gerarchia nè la rappresentanza, non una fizione nè un'astrazione, bensì i cittadini, gli uomini, non in quanto sono Tizio e Caio, ma tutti quelli che formano la società legale, insomma il *popolo*.

Lo stato legale gerarchico è quello che permette al popolo di essere proprietario, non è il proprietario. Cento, mille persone si incontrano, pigliano stanza sopra un'isola allor scoperta; nominano dei magistrati a reggere e difendere tutti, a dettar norme per governare e regolare i rapporti della loro vita: stabiliscono in fine di lasciar certe cose a profitto e uso di tutti i presenti e riserbarle anche ai loro successori. Codeste cose non son di nessuno in particolare, ma son di tutti. Infatti una nazione straniera, un privato qualunque, non potrebbe occuparli. Occupandoli violerebbe certo la proprietà di qualcuno: di chi se non del popolo? Sia pure che un'autorità giuridica, o, meglio, la forza logica delle cose, il diritto, la legge, la finalità etica della società abbia dato a questo popolo una forza di unità che si distingue dai singoli, ma non è men vero che la sua concreta realità sia sempre nel complesso di essi, in essi, nel popolo, e che questo sia non già solo l'obbietto finale ma il soggetto della proprietà. Il concetto della unità creato per rispondere a certi fenomeni giuridici, voluti dalla legge etico-giuridica, dell'inalienabilità, della conservazione perpetua, non ha distrutto ma solo perfezionato il subietto vero che sono que' primi associati. Essi possono dir sempre a rigore di verità: questa terra è nostra.

Il popòlo è dunque subbietto della proprietà pubblica. Ma chi lo è dell'uso o del godimento? È consentito che sia il popolo. Si distingue però, e si dice in certi beni demaniali essere il popolo *uti universi* (p. e. mura e porte della città), in certi altri il popolo *uti singuli* (p. e. strade); nei patrimoniali la stessa *universitas* che ne fruisce. E qui è l'errore di tutto il sistema a nostro avviso. L'uso, il godimento, essendo cosa di fatto, non può risiedere in enti astratti e morali, ma solo fisici e concreti. Lo si può dire solo per *traslato*, intendendo per l'*ente* i suoi membri insieme. È il di-

ritto che può concepirsi e dirsi in senso vero e proprio d'una unità astratta in quanto tale, non il godimento o l'esercizio. L'uso o il godimento deve *realizzarsi* in uno o più enti fisici. L'esercizio di un diritto si può fare da rappresentanti a nome dell'ente rappresentato; ma il godimento non potendosi avere da un per l'altro, non può risiedere e verificarsi se non nelle persone che sono i subbietti fisici, gl'interessati, cioè il popolo. È un equivoco, per noi, e un'inesattezza di linguaggio dire che di certi beni demaniali godono i cittadini *uti universi*, e di altri *uti singuli*. La parola *universi*, nel senso romano classico, non è altro che la nostra *universalità*, come quando dicendo *municipes* non intendevano altrimenti che *municipium*, il complesso, l'insieme, la collettività, il popolo; e in questo senso è vero, ma non si oppongono allora nè dicono altra cosa dall'*uti singuli et cives*. E son questi i subbietti fruenti di tutti i beni demaniali. La fortezza serve e giova a coloro medesimi cui serve e giova la strada, al popolo. L'utilità della piazza da guerra è la sicurezza del popolo alla stessa guisa come son del popolo il transito pubblico, le pubbliche comunicazioni.

Così, se non c'inganniamo, si riunisce nello stesso subbietto, cioè nel popolo, la proprietà e il godimento dei beni demaniali.

E dell'uso dei beni patrimoniali chi è il vero subbietto? Lo Stato stesso, si dice, il corpo, l'unità. Niente di più erroneo. O questo Stato, corpo, unità si piglia nella sua astrazione, e come astrazione è incapace di godimento. O si piglia nella sua concreta verità, ed è sempre il popolo. E infatti è il popolo e non altri che gode dei servigi pubblici alle cui spese sopperiscon le rendite patrimoniali. Dunque subbietto attivo e fruente della proprietà pubblica d'ogni genere è sempre e non altri che il *popolo*, con la sola differenza che ne' beni demaniali il popolo gode la utilità immediata, ne' patrimoniali la mediata, in quelli sfrutta il valor di uso, in questi il valor di cambio.

Se l'essere il *corpo* incapace di godere fosse vero e fosse ragione per negare l'essenza di proprietà al demanio, lo sarebbe egualmente del patrimonio. La obbiezione contraria tenderebbe dunque a rinnegare ogni pubblica proprietà.

E di qua apparisce quanto, a nostro modo di intendere, siasi colle distinzioni soverchie ed esagerate deviato dalla verità reale e logica della proprietà pubblica, scindendo in due categorie la stessa proprietà, e poi dividendo in due i soggetti della proprietà

e dell'uso. Uno è il subbietto delle proprietà demaniali e delle patrimoniali. Uno è il subbietto del diritto di proprietà e dell'uso delle medesime: il popolo. Sola accidentale differenza nelle modalità della destinazione o dell'uso, discerne i beni demaniali da patrimoniali: in quanto di quelli il popolo gode usando, di questi gode commutandoli. Sola accidentale differenza divaria il subbietto della proprietà da quel dell'uso, in quanto nella proprietà è considerato il popolo come una cosa sola *(università)*, nell'uso è invece con tutte le sue accidentalità di tempo e di spazio *(universalità)*. Solo il diritto formale di uso è sempre nell'università, nel corpo come elemento dello stesso diritto di proprietà. I cittadini singoli hanno un diritto anch'essi come partecipi quando si compenetri l'uso nel loro patrimonio. Codeste differenze accidentali generano varietà anch'esse di regimi e di effetti giuridici, come più oltre si vedrà, ma non costituiscono differenza di specie e di natura.

La verità è che è sempre il popolo, ma questo, in ordine alla proprietà che è diritto, è considerato come unità astratta: in ordine all'uso, come collettività concreta. Ciò però non autorizza a creare più subbietti, e a negare la proprietà demaniale, come non autorizza a rinnegare quella di ogni ente giuridico. La stessa finzione giuridica che è necessaria per considerare il popolo come persona giuridica si fa per considerarla come subietto di proprietà.

Le contrarie distinzioni scindono quel che è uno: il comune o lo Stato dai cittadini, l'ente astratto dal concreto, l'*universitas* dagli *universi*, o dai singoli cittadini: introducono enti inutili nella scienza del diritto. Il comune o lo Stato possiede un edificio d'abitazione; esso è proprietario. Domani questo edificio destina a teatro, a scuola, a museo, a casa del comune stesso: esso non è più tale; quella proprietà cambia soggetto e natura. Assurdo.

Segue da tali cose tanto essere erroneo che il demanio non costituisca una proprietà dello Stato, che esso costituisce invece una proprietà non divisa, separata, come l'usufruttuaria, la diretta, la gravata, ma indivisa e piena, perchè nello stesso subbietto, cioè nel popolo, risiede e il diritto e l'uso, intieri entrambi.

Il diritto romano, quantunque non avesse metafisicamente formulato l'idea della personalità dello Stato come i moderni, e forse appunto perchè l'astrazione scientifica non era venuta ancora a gettare maggiori difficoltà ne' concetti giuridici, enunciò netta-

mente il soggetto della proprietà nel popolo o università di persone, contrapponendo il dominio della persona pubblica e quello della privata: « *quae publica sunt nullius in bonis esse creduntur. Ipsius enim universitatis esse creduntur* » (1). Nè furono essi mai, i giureconsulti romani, a enunciar differenze di specie giuridica tra beni patrimoniali e beni demaniali. Essi non contrapposero mai l'università a' cittadini, nè la proprietà dello Stato all'uso pubblico, ma pubblico dissero e la proprietà e l'uso. « *Viam publicam eam dicimus, cuius* ETIAM *solum publicum est* ». Non solo l'uso e il transito, ma il suolo dissero pubblico, cioè la proprietà, come illustra il giureconsulto, colla differenza tra la via privata e la pubblica, avvegnachè la via privata consiste in un diritto o servitù di passaggio sopra un fondo che non è nostro ma altrui; la via pubblica al contrario nel passaggio pubblico sul suolo anch'esso pubblico, cioè del popolo. « *Non enim sicut in privata via ita et in publica accipimus. Viae privatae solum alienum est; jus tantum eundi et agendi nobis competit. Viae autem publicae solum publicum est* (2). Non è dunque *nullius* nè *communis* la via: è terra occupabile, occupata: con ciò stesso è una proprietà, ma proprietà non di uno o di alcuno in particolare, ma di tutti, dell'universale. Più nettamente ancora Celso: « *Litora in quae populus romanus imperium habet, populi romani esse arbitror* » (3). Giavoleno riunisce in un testo i subietti della proprietà, del possesso, dell'uso, nel popolo. « *Viam publicam populus, non utendo amittere non potest* » (4). I romani conobbero la distinzione tra beni del patrimonio e del demanio dello Stato: *in pecunia et in usu populi* (5), ma riferendoli sempre al popolo, non a due soggetti distinti. Nè il dirsi dalle leggi 15 e 16 *de verb. signif.*: « *bona civitatis abu-*

---

(1) Cit. l. 1 pr., ff. *De divis. rer.*

(2) ULP., L. 2, § 21, ff. *Ne quid in loc. publ.*

(3) Leg. 3, *Ne quid in loc. publ.* E quantunque la Glossa interpreti questo passo nel senso della giurisdizione per conciliarlo con altri che i lidi del mare fanno cose comuni, tuttavia il luogo di Celso rivela il concetto di una proprietà popolare.

(4) L. 2, D. *De via publ.* Solo, quanto al possesso, l'unità del fatto di esso può rendere al collegio necessario l'instrumento della rappresentanza. L. un., § 1, ff. *De lib. univ.;* L. 1, § 22, ff. *De acq. vel. amitt. poss.*, il che non avviene dell'uso.

(5) L. 16, 17, 178, 222, *De verb. signif.* L. 6 e 72, § 1, D. *De contr. empt.;* L. 2 C. *De pecun. const.*, V. MUHLENBRUCH, *Doctr. Pandecht.*, § 218; HAIMBERGER, *Il dir. rom.*, § 82.

*sive publica dicta sunt* » si riferisce punto alla qualificazione di beni patrimoniali in rapporto ai demaniali, ma a una distinzione tra il diritto municipale e il diritto romano, tra i beni di una città e i beni del popolo romano.

La definizione delle cose pubbliche « *quorum proprietas universitatis est, usus singulorum* », non fu enunciata se non dai commentatori e, vera in un senso, è errata od esagerata nel senso di contrapposizione di persona a persona, di *singuli* a *universi*.

Nè il legislatore francese negò natura di proprietà ai beni demaniali, e meno del nostro ancora intese contrapporli ai patrimoniali come specie a specie differente. L'art. 538 col dare per beni dello Stato le vie, le strade, i fiumi navigabili e generalmente tutte le porzioni del territorio francese, che non sono suscettibili d'una *proprietà privata*, ammette la proprietà pubblica di cose indubbiamente demaniali. Che anzi, trattando di cose comunali, enuncia all'art. 542 il popolo come soggetto di proprietà quando dice beni comunali esser quelli ALLA PROPRIETÀ o *al prodotto* dei quali gli abitanti d'uno o più comuni hanno un diritto acquistato; distinzione criticata (1), perchè proprietari non sono gli abitanti, ma il comune, ma forse vera appunto perchè il legislatore non volle astrarre il comune da' suoi abitanti, e per questi intese la universalità. La enumerazione poi complessa e confusa dei beni dello Stato, che trovasi negli articoli 537, 538, dove i *beni vacanti* occupati dallo Stato sono messi alla pari dei fiumi, delle spiaggie e delle fortezze, prova che il legislatore non ebbe in pensiero la distinzione tra demanio e patrimonio, distinzione che solo la dottrina e la giurisprudenza ritrasse per interpretazione restrittiva e per le disposizioni combinate degli art. 542, 537, 538, 2227 sull'indirizzo della varia destinazione e pel diverso trattamento giuridico che questa dovea necessariamente importare. Nè può citarsi in appoggio di una contraria opinione l'art. 714 del codice Napoleone, come fa il Laurent (2), riguardando quell'articolo le cose comuni e non le pubbliche.

Il codice italiano se affermò la distinzione coi termini dottrinali in quanto ai beni dello Stato, distinguendoli in beni demaniali e patrimoniali, e in quanto ai beni de' comuni in beni di uso pub-

(1) LAURENT, *Princ.*, VI, 68.
(2) *Pr.*, VI, n. 54.

blico e in beni che nol sono, è lungi dall'affermare alcuna differenza di natura in ordine alla proprietà fra gli uni e gli altri, e negare alla demanialità ragione di vera proprietà. Anzi il contrario fa appunto quando fonda la distinzione de' beni, non sulla natura del rapporto giuridico, ma solo in ordine alle persone cui appartengono, quando parla (1) di *beni dello Stato, delle provincie, de' comuni*, e questi beni che sono proprietà dello Stato e de' comuni suddistingue in demaniali e patrimoniali, facendo entrare sì gli uni che gli altri sotto la comune natura di vera proprietà. E più nettamente ancora l'art. 21 della legge sui lavori pubblici (2): « *Il suolo delle strade nazionali è* PROPRIETÀ *dello Stato: quello delle strade provinciali appartiene alla provincia, ed è* PROPRIETÀ *de' comuni il suolo delle strade comunali* ». Aggiungasi pure la facoltà data al *governo* di concedere la derivazione di acque pubbliche (3), inconcepibile senza il concetto della proprietà nello Stato (4), e questa tale, quanto alle acque, che divien patrimoniale nell'atto stesso che si concede. E se il suolo delle strade vicinali, benchè destinato all'uso pubblico, non cessa di essere proprietà privata (5), perchè cesserebbe di essere proprietà pubblica quello delle nazionali e comunali?

E se il codice afferma la inalienabilità e la imprescrittibilità per natura de' beni demaniali e di uso pubblico, a differenza dei patrimoniali, codesta differenza di regime giuridico è ben lungi dal giustificare la opinione di una diversa natura giuridica fra gli uni e gli altri, come altrove si vedrà (6). Come non è da soffermarsi troppo alla espressione della legge sulla contabilità dello Stato all'art. 1: « *I beni immobili dello Stato tanto pubblici quanto posseduti a titolo di privata proprietà* », colle quali non intese certo escludersi la idea di proprietà ne' primi, come dimostra l'art. 13 già citato della stessa legge, che annovera tra le alienazioni di beni dello Stato le concessioni di derivazione di acque pubbliche, e similmente gli articoli 132, 228 della stessa legge. Nè osta l'art. 1

---

(1) Cod. civ., lib. I, tit. 1, cap. 3, art. 425, 426, 432.

(2) Legge 20 marzo 1865, all. *F*.

(3) Legge 22 aprile 1869, n. 5026.

(4) Detta legge sui lavori pubblici, art. 132, 133.

(5) L. 2, § 21, D. *Ne quid in loc. publ.*; legge 20 marzo 1865, all. *F*, art. 19.

(6) V. l'art. 5, II.

del relativo regolamento, che dice: « *I beni dello Stato si distinguono in demanio pubblico e beni patrimoniali. Costituiscono il demanio pubblico i beni che sono in potere dello Stato a titolo di sovranità, e formano il patrimonio quelli che allo Stato appartengono a titolo di privata proprietà* ». Basterebbe il trattarsi di un semplice regolamento che non può togliere la legge, per ritenere che a una definizione scientifica non può pretendersi da esso. E una riprova di questa indifferenza specifica della cosa pubblica a demanialità o patrimonialità si può vedere in questo fatto giuridico, che le accessioni di una cosa demaniale possono essere patrimoniali, come le isole nei fiumi (1).

Ridotta pertanto al suo valore giusto la prima classificazione della proprietà pubblica in *demanio* e *patrimonio*, e fermato che l'uno non si distingue dall'altro se non per la diversa destinazione o il diverso modo di uso de' beni, secondochè l'uso sempre pubblico, sempre del popolo o si percepisca da esso in natura sui beni stessi, o si commerci e si commuti per erogarne a sua volta il prodotto in pubbliche utilità o pubblici servigi, rimane a illustrare più particolarmente la natura specifica e i caratteri della proprietà pubblica, e ad enumerare le subalterne specie di essa.

La proprietà pubblica non si differenzia dalla privata che per la natura del soggetto, onde deve necessariamente prendere atteggiamenti connaturali all'essenza della pubblica persona. Escluso che essa sia equiparata a un diritto d'impero, di protezione o di tutela (sebbene questa sott'altro rapporto vi si riferisca, che non è quello di proprietà), ammesso che sia una vera e piena proprietà della medesima natura ed efficacia giuridica che la proprietà privata, essa deve essere ancora bene studiata in raffronto a certi concetti ed istituti di commun diritto co' quali ha attinenza. Tale il concetto del condominio. Il condominio non è che la proprietà di più persone sulla medesima cosa indivisa: non è un diritto o forma di diritto diversa dalla proprietà, è un rapporto tra proprietarii derivante dall'oggetto della proprietà. La proprietà collettiva o pubblica non è la proprietà di più o un rapporto fra proprietarii, ma di un solo ente benchè risultante da molte persone. Nel condominio la pluralità delle persone non diventa unità: nei soggetti v'ha unione transitoria e passeggiera, scaturita dalla comunanza dell'oggetto.

(1) Cod. civ., art. 458.

Nella proprietà pubblica la pluralità diventa unità, e questa distinta dai singoli soggetti che la compongono. La comunione però può essere l'origine storica e può servire da espediente logico per giungere al concetto della proprietà pubblica, è un grado per cui si può ascendere storicamente e mentalmente alla vera proprietà popolare, benchè non s'immedesimi con questa. La strada può originare dalla *collazion* de' privati, ma diventa pubblica solo pel patto statuale, per la destinazione di colui *qui ius publicandi habet* (1). Gli stessi privati condomini se si erigono in società, se s'obbligano a lasciar la strada per sempre all'uso di tutti, presenti e avvenire, abdicando il privato dominio, o meglio, rinunciando al diritto di dividere e riprendere la parte suddivisa, allora, ma solo allora, fondano una proprietà collettiva. Ma questa presuppone la cessazione della privata e la creazione di un nuovo soggetto, che solo, a mo' di dire, eredita le porzioni private, il pubblico. Per questa graduazione d'idee dal comune al pubblico, dice Marciano: « *Nec servus communis universitatis singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis* » (2), il che coincide coll'altro: « *Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod universitas debet, singuli debent* » (3). Ma questo modo di considerazione *(intelligitur)* non distrugge l'origine, la sostanza d'una proprietà che è di tutti i cittadini. Nessuno può dire è mio. Tutti possono dire è nostro. Tale è la proprietà pubblica.

Se si avesse a dare una definizione del demanio, altra che quella di proprietà della persona pubblica destinata ad uso pubblico immediato, non si potrebbe certo come tale accettare quella formula generale del legislatore francese: « *Tutte le porzioni del territorio francese che non sono suscettibili di una proprietà privata* » (4), formula che, presa come generale definizione, rende dubbio se abbracci gli edifici pubblici, esclude ogni proprietà mobiliare, includerebbe un carattere di insuscettività necessaria di privata appropriazione che non sarebbe applicabile alla categoria di cose demaniali accidentalmente costituite tali. Ben fece quindi il nostro legislatore a evitare le generalità in quanto alle cose demaniali

(1) L. 2, § 21, *ne quid in loc. publ.*

(2) Leg. 6, § 1, ff. *de divis. rer.*

(3) L. 7, ff. *quod cuiusc. univ. nom.*

(4) Art. 538 C. N.

dello Stato (1), e in quanto alle cose demaniali delle provincie e de' comuni a contentarsi di comprenderle nella semplice enunciazione *di uso pubblico,* cioè immediato, in confronto a' beni patrimoniali che non sono di uso pubblico immediato, ma di mediato godimento e servigio dell'universale (2).

Rivendicata l'unità della proprietà pubblica, dichiaratane la natura in genere e la giusta differenza delle due specie principali, è facile disegnare i caratteri dell'una di queste in rapporto all'altra.

Il carattere essenziale e specifico della demanialità è la destinazione all'uso pubblico promiscuo (3). È questa che dà a tal genere di proprietà un carattere speciale, la colloca sotto l'impero del diritto pubblico, senza però sottrarla al comune in quanto concerne i rapporti ordinarii di proprietà. È questa che le attribuisce gli effetti giuridici speciali, massimamente quello della inalienabilità e della imprescrittibilità.

La destinazione all'uso pubblico può essere *necessaria* o *accidentale,* secondochè venga dalla stessa natura delle cose o dal fatto libero dell'autorità che destina o sancisce la destinazione, o dal popolo stesso che usa e gode dei beni (4). Al primo genere appartengono il lido del mare, i porti, i seni, le spiaggie, i fiumi e torrenti, cose dette da' romani piuttosto comuni che pubbliche, nonchè le vie, piazze, porte e mura della città. Al secondo le porte, le fosse, i bastioni delle piazze da guerra e delle fortezze, gli edifizi di uso pubblico, ma speciale della città, come le case comunali, i teatri, le scuole, le biblioteche, i musei (5). Anche nelle cose della prima categoria può intervenire però il fatto dell'autorità che determini, dichiari o constati, per esempio, sino a qual punto si estende il lido, o la spiaggia, o la ripa, ma non a creare l'uso. Esso viene dalla natura della cosa, diguisachè non può essa venir destinata ad uso privato senza mutar di natura, senza cessar di esser via, piazza, a differenza delle altre, venienti da consuetudine o dal solo fatto di autorità, come i palazzi del comune, i musei, i teatri, gli

(1) Art. 427 cod. civ. ital.

(2) Art. 432.

(3) L. 1, § 22. D. *de acq. vel amitt. possess.*

(4) *Quae res natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt,* L. 6, pr. e L. 34, § 1. D. *de contr. empt.*

(5) L. 2, § 1, 23, 24. D. *ne quid. in loc. pubbl.;* L. 3. D. *de loc et itin. publ.;* L. 5 pr. D. *de divis. rer.;* L. 24. D. *de damn. inf.;* L. 6, § 1. D. *de contr. empt.*

ospedali, i boschi, i quali possono essere addetti in proprietà ed uso privato, pur rimanendo palazzi di residenza, musei, teatri, ecc.

Non crediamo perciò al tutto vero quanto, sulle traccie del codice francese, sostiene il Ducrocq (1), che carattere della demanialità debba essere il dover la cosa esser incapace di privata proprietà. Il suolo stesso delle strade non è tale, molto meno gli edifici destinati ad uso pubblico (2). L'art. 538 del codice francese non contiene la definizione generale del demanio, ma una enumerazione, e per *suscettibili* si deve intendere non per natura, come interpreta il Laurent, ma per destinazione. Nè sempre è vero che l'autorità dichiara soltanto e non crea mai la demanialità, di guisa che se la dichiarasse là ove le qualità fisiche delle cose non vi rispondono, commetterebbe eccesso di potere. Cio può affermarsi delle dichiarazioni di demanialità delle cose che l'han per natura: non esclude che le cose per natura indifferenti all'uso pubblico o privato possano venir demaniali per fatto di colui *qui ius pubblicandi habet*, come disse delle strade Ulpiano (3).

A qual uso pubblico dev'essere destinata la cosa demaniale? Il diritto non distingue, come vuole il Ducrocq e alcuni altri, tra cui la C. C. Roma nella causa tra il comune di Monterotondo e il principe di Piombino, se all'uso od al servizio pubblico, per escludere gli edifici destinati a' servigi pubblici. Il servizio pubblico è un uso pubblico. Imperocchè uso pubblico è ogni modo di comune godimento (4), e il servizio pubblico non può andare disgiunto da un uso o utilità immediata pubblica, tale essendo non solo quello che gode il popolo, ma quello che serve ai suoi rappresentanti o ministri, o custodi nelle loro rappresentanze. Vedremo l'applicazione di questo concetto agli edifici e stabilimenti pubblici.

Ma basta egli la dichiarazione dell'autorità perchè tosto la cosa divenga demaniale e si producano gli effetti della demanialità? Dal momento che una zona di terreno è destinata a tracciato di strada pubblica, diviene all'istante inalienabile, imprescrittibile? O è mestieri che alla destinazione o conservazione si aggiunga il fatto dell'uso pubblico? la vera esistenza della strada? Generalmente è

---

(1) *Dr. adm.*, II. 765 e seg.

(2) V. LAURENT, VI, n. 37 e seg.

(3) ULP. d. L. 2, § 21, *ne quid in loc. publ.*

(4) DUFOUR, *Traité*, V. 77; LAURENT, *Princ.*, loc. cit.

ammesso che il decreto non basti. Ed a ragione. La legge parlando di uso pubblico (1), intende certamente d'un uso pubblico effettivo. Parlando di cessazione di destinazione all'uso pubblico (2), si riporta evidentemente a un fatto e non a una dichiarazione, e un fatto intende per codesta *destinazione*. E soccorre la ragion della legge, perocchè la ragione della demanialità, il fine pel quale la cosa pubblica è posta fuori di commercio, non è altro se non l'uso pubblico: ove questo non si verifica, verificar non si debbono i fenomeni giuridici della demanialità. In questo senso è vero che la dichiarazione dell'autorità non crea la cosa demaniale, cioè che non basti decretarla tale, se non si aggiunga la realtà del pubblico godimento (3). Così pure giudicò la corte di cassazione francese in materia di allineamento (4).

Se si domanda poi qual sarà l'autorità competente a destinare o a dichiarare l'uso pubblico, i fautori della dottrina che fa della demanialità un diritto *sui generis* dovrebbero rispondere: una legge, cioè la piena rappresentanza dell'ente, e trattandosi dello Stato, il parlamento colle debite sanzioni, salvo che questo possa autorizzare il potere esecutivo di farlo in suo nome e sua vece. Ma presupposto che la demanialità non sia se non un modo di uso dell'unica proprietà statuale, ne discende che essa possa essere decretata da quel potere a cui spetta il disporre e amministrare e moderare le cose dello Stato, l'amministrazione militare, la marittima, quella de' lavori pubblici, secondo l'uso o lo scopo cui la destinazione è diretta, sempre però congiuntamente coll'autorità delle finanze, cui è particolarmente commessa la cura de' beni dello Stato e che deve sempre assentire il passaggio dal patrimonio al demanio (5). Nel nostro sistema la questione dell'origine della demanialità, ossia della competenza dell'autorità destinante all'uso pubblico, ritorna a quella dell'acquisto della proprietà di Stato, ossia della rappresentanza giuridica di questo nell'acquisto della proprietà, questione che non è di questo luogo. Diventata una cosa proprietà dello Stato, la sua consacrazione all'uso pubblico è una

(1) Cod. civ., art. 432.
(2) Cod. civ., art. 429.
(3) Ducrocq, op. cit., II, 771; Laurent, loc. cit.
(4) Decreto 30 aprile 1862 (Dalloz, 1862, I, 227).
(5) Vedi legge sulla contabilità dello Stato 22 aprile 1869, n. 5026.

questione secondaria che concerne le forme e i modi di amministrazione e di godimento di cui si dovrà ancora dire nel trattarsi del *regime* giuridico della proprietà pubblica.

In quanto ai modi di destinazione, si domanda se sia sempre necessario un decreto esplicito dell'autorità per la destinazione delle cose all'uso pubblico. E da noi già fu detto che la destinazione può venire dal fatto medesimo del popolo, cioè dall'uso e dalla consuetudine. Il popolo, vero soggetto della proprietà e dell'uso delle cose pubbliche, può destinare il godimento a sè medesimo immediatamente *(consuetudine)* o per l'organo dei suoi rappresentanti *(decreto)*. Se colla demanialità venisse a crearsi un nuovo genere di proprietà, sarebbe mestieri d'una legge, e a questa, nel nostro sistema di legislazione vigente, non potrebbe supplire la consuetudine. Ciò formerebbe nell'accennato sistema un imbarazzo per ispiegare l'origine tacita e consuetudinaria della demanialità di certe cose, o ne costringerebbe a rinnegarla. Nel sistema opposto, la semplice destinazione d'uso essendo cosa di puro fatto, non v'ha difficoltà alcuna di questo genere. Naturalmente nella consuetudine, nel fatto popolare ci sta implicito il consenso o il riconoscimento dell'autorità, ma un atto o dichiarazione formale di questa non è necessaria. Se il popolo può acquistare la proprietà colla prescrizione, *hoc ipso* colla prescrizione crea la demanialità. Nè osta l'art. 432 del codice civile, ove è divisato che la destinazione, il modo e le condizioni dell'uso pubblico sono determinate da leggi speciali. Ciò riguarda i soli comuni, e le leggi che regolano l'uso pubblico dei loro beni, come quella comunale e provinciale agli art. 141 e seguenti; e non vuol dire dunque che la destinazione debba essere fatta per legge speciale, ma soltanto secondo le norme delle leggi speciali sulla materia. La destinazione può venire anche dal fatto del privato che consacri le sue cose ad uso pubblico, a decoro della città, a ricreazione: onde i varii generi d'usi pubblici di amenità, d'istruzione, di godimento artistico, p. e. su ville, musei, gallerie, biblioteche. E basta la intenzione comunque provata (1). Questi usi speciali sulla cui natura si disputa, alcuni riferendoli a servitù *personali* (CHIRONI, *Quest. di dir. civ.*, p. 60), altri a servitù *prediali*,

(1) Sentenza nella causa Borghese e comune di Roma anno 1886; C. C. Roma 9 marzo 1887 *(Legge,* 1887, I, 433). GIRIODI, *Il Comune,* n. 277 e seg. V. la legge 28 giugno 1871 sui fidecommessi romani, art. 3.

altri a servitù *miste* o *speciali,* non sono di natura diversa dagli altri diritti civici, collocati sotto l'impero del diritto pubblico e solo per analogia riferibili all'una o all'altra specie di diritto privato (arg. art. 534, c. c.).

Le cose demaniali sono (1): *a)* LE STRADE NAZIONALI, COMUNALI, PROVINCIALI, LE PIAZZE, ed altri luoghi pubblici (2), e i loro accessorii di FOGNE (3), FOSSI, PONTI (4), MARCIAPIEDI, PIANTE (5), adiacenze che si presumono anch'esse comunali sino a prova contraria (6);

*b)* IL LIDO DEL MARE. I romani lo consideravano come cosa comune, come il mare stesso (7). Quindi abbandonato, diveniva del primo occupante. Che se Celso afferma essere del popolo romano i lidi ne' quali il popolo romano impera, ciò vien riferito alla giurisdizione (8): come oggi il mare territoriale, nel diritto delle genti.

È poi il lido del mare «*quatenus hybernus fluctus maximus excurrit* (9)» che l'ordinanza francese del 1868 tradusse pel «*più grande ondeggiamento di marzo*», che è veramente il massimo sull'Oceano. S'intende del flusso periodico e regolare, non di quello che viene dalla tempesta e che non scema proprietà ai particolari.

Il diritto moderno amò meglio registrare i lidi tra le cose demaniali che tra le comuni, forse per la natura più consistente e più appropriabile del lido, i suoi rapporti alla difesa dello Stato, alla

---

(1) Codice civ. art. 426, 427, 432; Legge lavori pubblici 20 marzo 1865, all. *F.*

(2) Come in Roma il Foro, il Campomarzio, l'*ager publicus*. L. 6. D. *de div. rer.* Per la materia speciale delle strade, de' loro limiti, accessorii, vedi tra altri il FOUCART, *Dr. adm.*, t. 2, pag. 308 e seg. Per i passeggi, i giardini pubblici e gli alberi che ne fan parte, vedi cons. Stato 3 luglio 1872 (*Legge*, II, 1872, 82); Decis. minist. dell'inter. 22 marzo 1871 (*Legge*, II, 1871, 82).

(3) L. 1, § 4. D. *de cloacis;* L. 2, §§ 26 e 27. D. *ne quid in loc. publ.;* TROPLONG, *Prescr.*, n. 156, 162.

(4) Cons. di Stato 1° giugno 1872 (*Legge*, II, 1872, p. 1872).

(5) Sulle ferrovie vedi infra pag. 350.

(6) Art. 22. Legge sui lavori pubblici, cons. sup. dei lavori pubbl. 6 marzo 1868 (*Legge*, II, 1869, 184); BORSARI, *Comm. al cod. civ.*, II, §§ 830, 831; TROPLONG, *Prescr.*, 161; MERLIN, *Rép.*, v. *voie publiq.*; DUFOUR, *Dr. adm.*, VII, 492; GAUDRY, *Traité du dom.*, III, 626; Cass. franc. 7 gennaio 1866 (*Journ. du palais*, 1866, p. 387). La stessa presunzione milita per le vie vicinali (L. 3. D. *de loc. et itin. publ.*).

(7) MARCIANO, L. 2, § 1, ff. *de divis. rer.; Inst.;* § 1 *eod.;* L. 13, § fin. *de injur.*

(8) *Glossa* alla d. L. 3, ff. *ne quid in loc. publ.*, e alla d. L. 2, § 1, ff. *de divis. rer.*

(9) CELSO, L. 96. D. *de verb. sing.; Inst. de rer. div.*, § 3.

navigazione e al commercio e perchè esso, benchè approdabile e transitabile, accessibile per la pesca, pe' bagni a tutti (1), anche stranieri, per cortesia delle genti, non è di natura diversa dalle grandi vie di commercio. Come il diritto delle genti ha ammesso un mare territoriale degli Stati, così il diritto pubblico interno ha riconosciuto la proprietà nazionale del lido.

Ne segue pertanto che, abbandonato il lido del mare e ritiratosi il flutto, i relitti dell'antico lido non sono del primo occupante come per giure romano sarebbero stati, ma del patrimonio dello Stato.

*c)* Gli accessorii e le parti sostanziali del lido, cioè i PORTI, i SENI e le SPIAGGIE. Sono porti i grandi ricettacoli di navi d'ogni grandezza, muniti di grandi opere d'arte per sicurezza contro gli elementi e difesa contro i nemici dello Stato. I seni sono ricoveri secondarii senza o con minori opere manufatte e più da natura che dalla mano dell'uomo aperti alle navi di minor mole. Spiaggie, quelle parti del lido accessorie de' porti e seni ove un tempo giungevano le acque, e dove ancor possono i legni mollare prima d'entrare nei porti o ritrarsi altre utilità pubbliche (2). Le medesime ragioni di difesa e di alti interessi dello Stato che militano pei porti fecero considerare anche tali cose come poste sotto la mano dello Stato e quindi pertinenza del pubblico demanio.

Sono demaniali pertanto tutte le opere inerenti ai porti: moli, dighe, frangi-onde, gettate, scogliere, canali, ripe artificiali, argini, scali, bacini da costruzione, fari.

*d)* ACQUE PUBBLICHE, cioè fiumi, torrenti, laghi, canali, rivi, colatoi naturali, acquedotti (3).

L'acqua fluente, considerata come semplice elemento, non è proprietà demaniale; è cosa comune, come l'aria, il mare. Raccolta o separata dal corso, diventa cosa mobile e del primo occupante (4).

---

(1) LAURENT, *Princ.*, VI, n. 6.

(2) Legge sulle opere pubbl., art. 161; Cod. mar. merc. art. 157. Corte cass. Palermo, 3 aprile 1875.

(3) Cod. civ., art. 427. Per la legisl. sulle acque vedi cod. civ. art. 412 e 427, art. 453 al 461 pel diritto di accessioni; 536 al 545 pel diritto di servitù; Legge sulle op. publ.; cod. della mar. mercantile; Legge sulle derivazioni d'acque pubbliche, 1887.

(4) Art. 411 cod. civ.; Legge sulle opere pubb., art. 22. V. Corte cass. Napoli, 1° marzo 1873 e C. cass. Torino 15 luglio 1878, presso Varcasia, *Del possesso*, p. 124, 126.

È immobile quando diviene sorgente, cioè manifestazíone e sbocco in massa alla superficie, o divien corso o serbatoio (1). Per fiume o torrente o corso d'acqua intendesi il complesso del letto, della massa d'acqua, delle ripe. E per diritto romano eran cose pubbliche nel senso di comuni come il mare (2), a differenza delle pubbliche nel senso del popolo romano o delle *res universitatis* (3). Fiume è un corso grande di acqua perenne, e tale lo fa soltanto la importanza delle acque e la stima degli uomini « *flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circum colentium* (4). Quindi son tali indubbiamente i corsi d'acqua che servono agli usi commerciali di navigazione e trasporto. Torrente è poi nel senso della legge, più che nel linguaggio popolare, non un corso intermittente di acqua *(hyeme fluens)*, ma piuttosto un corso perenne di minore importanza (5). Ma lo saranno quelli che servono solo ad usi industriali, come di opifici o mulini, o ad uso di pesca o ad usi agricoli come d'irrigazione? Il codice francese li escludeva, restringendo i demaniali ai fiumi *navigables* o *fluitables*. Il codice italiano, parlando di fiumi e torrenti, non aggiunge *navigabili* nè *fluitabili*. Deve sottintendersi tale qualificazione o si è voluto allargare la sfera della proprietà demaniale quanto a' fiumi e torrenti? Gli articoli 457, 458 del codice civile fan credere alla prima ipotesi, dacchè, se per diritto di accessione appartengono allo Stato le isole quando si formano nei letti de' fiumi o torrenti *navigabili od atti al trasporto*, e negli altri casi ai rivieraschi, del pari è da concludere che i letti stessi de' fiumi o torrenti appartengono allo Stato quando sono navigabili ed atti al trasporto e ai proprietari particolari gli altri.

E alla medesima conseguenza sembra condurre l'art. 459, dove è detto che la proprietà dell'isola staccata per la *vis fluminis* può esser rivendicata dal proprietario del fondo onde fu staccata, eccetto che si tratti di fiumi navigabili od atti al trasporto, ne' quali

---

(1) Cod. civ., art. 412.

(2) L. 5, ff. *de divis. rer.*

(3) L. 6, ff. *de divis. rer.*

(4) Ulpiano, leg. 1, § 1, *de flum.* Il fiume è pubblico o privato in senso romano. Pubblico è il fiume perenne, secondo la definizione di Cassio approvata da Celso, e da Ulpiano. L. 1, § 3, h. t.

(5) Pacifici-Mazzoni, *Distinz. dei beni*, n. 74.

lo Stato ha diritto di farsi cedere la proprietà mediante un'indennità proporzionata. Anche presso i romani Pomponio diceva pubblico l'uso del fiume *si aut navigabile est aut aut ex eo aliud navigabile fit* (1). E qual altro infatti può esser l'uso veramente pubblico cui un corso d'acqua è destinato se non sia quel della navigazione o del trasporto, cioè la comunicazione da un punto all'altro del territorio nazionale, come appunto la via? Non furono anzi detti i fiumi vie che si muovono da sè?

Malgrado tutto ciò la generica dizione del codice patrio, a confronto della dizione ristretta del codice francese, ci conduce a concludere, anche presa per sè sola, che non i soli fiumi o torrenti navigabili ed atti al trasporto possono essere demaniali (2). Le disposizioni degli art. 457, 458, 459, non bastano alla tesi contraria. Imperocchè, anche a non voler supporre che derivassero dal codice francese nel patrio, come incoerenza alla dizione modificata dell'articolo 427, il diritto di accessione stabilito a favore dello Stato da quegli articoli pe' soli fiumi navigabili o atti al trasporto non importa che la demanialità sia ristretta a questi, essendochè un tal diritto non segue sempre, come sopra si avvertì nel caso dell'alveo abbandonato, la logica rigorosa della proprietà, ma si mescola a un principio di equità o di utilità pubblica. Or questa ragione, che favorisce i proprietari fronteggianti nel caso di fiumi non navigabili nè atti al trasporto, da' cui fondi possono presumersi per detrito formate le isole ed unioni di terra, assiste invece lo Stato negli altri, perchè l'interesse della navigazione e del commercio esige che lo Stato possa liberamente disporre di tutto il fiume o torrente e di quanto si vien formando lunghesso il suo corso. Vedremo ora come la proprietà delle ripe non è argomento della proprietà del fiume e come questa vada separata da quella, senza di che lo Stato non dovrebbe pagare al proprietario il prezzo del terreno staccato come dispone l'art. 459.

Del resto la disposizione dell'art. 93 della legge sui lavori pubblici 20 marzo 1865, all. *F*, che pone a carico dello Stato le opere che hanno per unico oggetto la navigazione de' fiumi, laghi e grandi canali coordinati ad un sistema di navigazione, *o la conservazione*

(1) L. 2, ff. *de flum.*

(2) Pacifici-Mazzoni, *Distinz. dei beni*, n. 74. — Scialoia, *Comm. al cod. di proc. civ.*, n. 697. 703, 761.

*dell'alveo de' fiumi di confine,* pone senza dubbio una nuova categoria di fiumi demaniali che non è quella de' navigabili o atti al trasporto e indica come possa esservi in un fiume una pubblica utilità che non sia la navigazione e il commercio. Imperocchè non è da dubitare che i fiumi di confine conservati a cura e spese soltanto dello Stato non siano con ciò solo sua proprietà.

Ed è pure da considerare l'argomento *discretivo* della francese alla legge italiana, perchè anche in Francia, ove l'articolo 538 restringe la demanialità ai fiumi *navigables* o *flottables*, è questione assai controversa se anche i fiumi non navigabili nè atti al traporto possano essere demaniali (1).

*Quid juris* de' corsi d'acqua confluenti ai navigabili? Non li riterrei per ciò solo demaniali, ma solo quando e per questo e per altri rapporti possono veramente dirsi pubblici nel senso della legge (2). Se poi un medesimo fiume sia in parte navigabile, in parte no, non credo potersi da noi fare quella distinzione che fu controversa in Francia, ed è ancora (3). Nol credo per la indivisibilità e unità del fiume.

Ma che cosa è torrente nel senso del codice? È un corso subitaneo che nasce da pioggie dirotte o da nevi sciolte, e specialmente *hyeme fluens* (4), ovvero un corso d'acqua anche perenne di minor conto? La prima opinione è raccomandata dall'etimologia, dall'uso, dalla tradizione romana. Ma alla seconda favorisce più la ragione della classificazione, posta evidentemente dal legislatore nell'importanza: l'analogia che a tali torrenti possono formarsi alluvioni (5): il poter essere cotesti torrenti, come i fiumi, navigabili e fluitabili (art. 557, 558, 559): infine il trovarsi nel testo italiano torrente in corrispondenza alla parola *rivière* del testo francese (6).

Ciò non vieta per altro che sotto il nome di torrenti vadano intesi i corsi intermittenti d'acqua, purchè abbiano durata di corso e importanza commerciale, e insomma siano tali da servire ad usi

---

(1) LAURENT, *Princ.*, VI, 9.

(2) ROMAGNOSI, *Ragion civile delle acque. Prenoz.*, § IX.

(3) LAURENT, VI, 10.

(4) ULP., leg. 1, § 1, *de flum.*

(5) Art. 453.

(6) Cod. nap., art. 538. — Vedi PACIFICI-MAZZONI, *Comm. distinzione de' beni*, n. 74.

pubblici. Di che il giudizio spetta ne' singoli casi al solo magistrato (1).

Il fiume o torrente consta di tre elementi: volume o corpo di acqua, alveo, ripe. È indubitato che il primo elemento, a differenza dell'acqua fluente prima della sua occupazione parziale, sia cosa pubblica, cioè dello Stato, consistendo in esso la sostanza del fiume, e da esso dipendendo l'uso pubblico che se ne fa; quindi il non potersi derivare l'acqua senza la concessione o il titolo (2).

Lo stesso parrebbe potersi senza controversia dire dell'alveo e della ripa, perocchè fiume non si concepisce senz'alveo (3), ed esso è occupato perpetuamente dall'acqua fluente (4). Pur tuttavia l'alveo è ritenuto da alcuni comune o di nessuno (5); da altri è considerato di uso pubblico ma di privata proprietà de' rivieraschi (6). Questa ultima teoria, più che alla logica del diritto di proprietà e al concetto del fiume, s'informò al diritto d'accessione e dall'essere questo presso i proprietari rivieraschi s'inferì che presso i medesimi fossero l'alveo e le ripe. Ma può osservarsi che le isole ed unioni di terra che si formano nel letto dei fiumi e torrenti navigabili od atti al trasporto appartengono allo Stato e gli appartengono per diritto di *accessione* (7): laddove negli altri fiumi appartengono ai rivieraschi (8): onde l'argomento che si trae dal diritto d'accessione si ritorce, cioè prova la proprietà nello Stato dell'alveo perchè le isole sono accessione dell'alveo. Che, se nel caso d'un fiume o torrente formante un nuovo letto abbandonando l'antico questo spetta ai proprietari confinanti delle due rive (9), ciò non vuol dire che la proprietà era de' confinanti, ma che diventa, e la proprietà di essi non preesisteva sul letto ma sui terreni laterali, e quella del letto vi accede dopo l'abbandono. D'altronde

---

(1) V. trib. Tor. 22 febb. 1862, *Racc.*, XIV, 3, 143; PROUDHON, *Du dom. publ.*; t. IV, n. 1417; FOUCART, *Droit publ. adm.*, t. 2, n. 271.

(2) Legge sui lavori pubblici 20 marzo 1865, all. *F*, art. 132, 133.

(3) L. 1, § 7, ff. *de flum.*

(4) GIANZANA, *Le acque*, I, 26.

(5) SCIALOIA A., *Comm. al cod. di proc. civ.*, n. 761.

(6) RICCI, *Dir. civ.*, vol. 2, n. 49. V. Relaz. PISANELLI sul codice, I, 3 e relazione commiss. Senato, III, 5; SCIALOIA, *Sulla propr. dell'alveo e delle isole sorte ne' fiumi.*

(7) C. C., art. 457.

(8) C. C., art. 458.

(9) C. C., art. 454.

l'art. 228 della legge sui lavori pubblici decide per la proprietà dello Stato, disponendo: « *Non sarà dovuto alcun compenso o risarcimento per occupazioni permanenti, provvisionali o temporanee degli alvei delle acque pubbliche, delle spiaggie lacuali o marittime, nè di qualunque altro terreno improduttivo appartenente allo Stato* ». Resta a spiegare perchè l'alveo abbandonato non rimane proprietà dello Stato al pari dei relitti del mare (1), e non passi dal demanio al patrimonio pubblico. Evidentemente ne fu ragione un consiglio di equità e la presunzione che il letto del fiume siasi formato a poco a poco dalle acque a danno delle proprietà traversate dal fiume medesimo. Come gratuita gli è quindi la espropriazione naturale che l'acqua fa della terra, gratuito sembrò doverne essere il ritorno al proprietario cessato l'uso e la destinazione pubblica.

Diversa è la questione delle ripe, benchè anche per esse possa dirsi che, come parti accessorie e necessarie del fiume, debbano appartenere allo stesso proprietario, cioè allo Stato. Il diritto di accessione delle unioni di terre ed incrementi e relitti (2) lungo di esse ripe, cioè delle alluvioni che la legge attribuisce ai proprietari ripuari (3), prova che sin da principio è, non diventa poi, la proprietà de' privati. E milita per le ripe particolare ragione a ritenerle proprietà privata (4). La ripa infatti forma tutt'una cosa col terreno che costeggia il fiume e non serve all'uso pubblico continuo come il lido del mare, che è destinato al commercio, alla pesca, alla navigazione, alla comunicazione anche da regione a regione, alla salute eziandio degli uomini, laddove la riva del fiume non ha altr'uso che quello della navigazione, che non è permanente nè continua, e non costituisce quindi quella necessità che solo autorizza a sottrarre alla libera proprietà de' privati la terra e a porla fuori di commercio. Alla navigazione dei fiumi basta la servitù pubblica del marciapiede che le leggi stabiliscono e che essa stessa presuppone la proprietà ne' rivieraschi (5). Non tutti tali argomenti altri

---

(1) Cod. nap., art. 538.

(2) C. C., art. 454.

(3) C. C., art. 453.

(4) LAURENT, *Princ.*, VI, n. 11, 42; C. C., art. 534.

(5) Cod. nap., art. 650; Codice ital., art. 534; Legge sulle opere pubbl., art. 144. MERLIN, *Répert.*, *Rivière*, § 1, n. VI (t. XXX, p. 82); LAURENT, loc. cit., n. 8.

troverebbe accettevoli dall'aspetto del diritto razionale e da farsi. Ma il diritto positivo ha consacrato questa teoria (1).

Ben però devesi distinguere ne' margini de' fiumi o torrenti due cose: la ripa interna e la ripa esterna. La ripa interna non è se non il lembo rilevato di quella cavità entro cui scorre il fiume, e forma quindi una cosa sola coll'alveo: deve quindi di essa dirsi quel che dell'alveo stesso si dice. Alla ripa esterna, che è quella zona di terreno circostante che confina coll'acqua ossia col letto, si applicano appunto gli argomenti co' quali si difende la proprietà de' rivieraschi e le obbiezioni altresì.

Ma quale è il limite tra la ripa interna del fiume, ossia tra il fiume stesso, e la proprietà privata latistante?

La questione nasce dal variare della piena delle acque. Il diritto romano definisce la ripa: «*quæ plenissimum flumen continet*» (2), principio conforme all'altro che regola il lido del mare; intendendo però la piena ordinaria per cause usuali «*naturalem rigorem cursus tenens*» non per le accidentalità impreviste, come pioggie e nevi, o qualche ostacolo alla foce «*cæterum si quando vel imbribus vel mari vel qua alia ratione ad tempus excrevit ripas suas non mutat. Nemo denique dixit Nilum cum incremento suo Ægyptum operit ripas suas mutare vel ampliare; si tamen naturaliter creverit, ut perpetuum incrementum nactus sit, vel alio flumine admixto vel qua alia ratione: dubio procul dicendum est ripas quoque eum mutasse: quemadmodum si alveo mutato alia coepit currere*» (3). Qual poi sia la piena usuale al di là della quale il fiume dicasi straripare è questione di fatto che il magistrato solo è competente a giudicare. Un criterio può esser dato dal limite tra il suolo sterile e la vegetazione (4), e nella impossibilità di applicare un tal criterio, quello della media delle elevazioni dell'acqua, benchè a questo debbasi il men possibile ricorrere come criterio al tutto fittizio e arbitrario (5).

*e)* CANALI. — Anche demaniali sono i canali di navigazione e di bonificamento. Quantunque non classificati dall'art. 527, essendo

---

(1) Vedi le succitate *Relazioni* Pisanelli e della commissione del Senato e, in diritto romano, i titoli D. *De flum.; Ne quid in flum. publ.*, ecc.

(2) L. 2, § 1, L. 3, § 1 e L. 1, § 5, D. *de flum.*

(3) L. 1, § 5, D. *de flum.*

(4) Lione, 21 febbraio 1843 (DALLOZ, v. *Eaux*, n. 42); id. 10 genn. 1849 (DALLOZ, 1849, 2, 148); Tolosa 22 giugno 1860 (DALLOZ, 1864, 1, 114), LAURENT, *Princ.*, VI, 8.

(5) Cit. Corte Lione 25 febbraio 1843; PACIFICI-MAZZONI, *Distinz. de' beni*, n. 74.

o costruiti dallo Stato o destinati da esso ad uso pubblico ed equiparati in tutto a' fiumi navigabili, non vi ha dubbio che formino proprietà demaniale dello Stato medesimo (1), benchè siano dall'arte anzichè da natura apparecchiati allo scopo del commercio e della navigazione. Tuttavia i canali possono essere costruiti a cura dei particolari o concessi dallo Stato ai particolari, col vincolo della destinazione allo scopo pubblico. Ne risulta una proprietà privata trasmissibile, alienabile, ma con vincolo, che non è vera servitù, ma un peso per pubblica utilità.

*f)* FERROVIE. — Il medesimo può avvenire delle ferrovie, quando la proprietà sia dello Stato, nel qual caso la proprietà deve considerarsi come demaniale. Nè a tale qualificazione fa ostacolo la tassa o prezzo che si esige, non rappresentando questo un vero nolo, ma un peso imposto all'uso pubblico (2). Ma può essere ed è dei concessionarii quando la ferrovia fu costruita a loro cura e spese, o loro ceduta dallo Stato, con quelle condizioni che debbono desumersi dalle convenzioni, e segnatamente la condizione della devoluzione e risoluzione dopo un dato tempo a favore dello Stato (3). La demanialità delle ferrovie si estende ai loro accessorii; stazioni, vie succursali e stabilimenti varii. La questione degli opifici il consiglio di Stato francese la risolvette con distinzione (4).

*g)* LAGHI. — Benchè non annoverati tra i beni demaniali nell'art. 427, possono pur tuttavolta esser tali quando siano proprietà dello Stato e abbiano i caratteri dell'uso pubblico, come se siano di tal grandezza da servire alla navigazione, al commercio, all'industria (5), al qual caso riferiscesi appunto l'art. 93 della legge sui lavori pubblici: « *Sono a carico dello Stato le opere che hanno per unico oggetto la navigazione dei fiumi, laghi e grandi canali coordinati a un sistema di navigazione;* » e l'articolo 100: « *I*

---

(1) DEMOLOMBE, IX, 457 *bis;* AUBRY e RAU, II, § 168, p. 36 e seg.; LAURENT, VI, 13 e seg.

(2) PACIFICI-MAZZONI, loc. cit., n. 75 e le autorità ivi allegate.

(3) *Contra,* LAURENT, *Princ.*, VI, 29-35, che pensa il diritto dei concessionari essere un diritto *sui generis.* Vedi però la legge sui lavori pubblici, segnatamente agli articoli 250, 260, 269, 272, 279, 283, 284 sul riscatto.

(4) Arrêt 17 agosto 1864, 27 gennaio 1865, 25 agosto 1865 presso DUCROCQ, op. cit., II, 792.

(5) Vedi SCIALOIA, PISANELLI e MANCINI, *Comm. al cod. proc. civ.*, parte II, tit. VII, cap. VIII, sez. 1, n. CMVIIII. Cenni, *Studii di dir. pubbl.*, p. 188.

*porti e gli scali sui laghi e fiumi sono a carico de' comuni in cui sono collocati o di più comuni riuniti in consorzio. Qualora questi porti o scali interessino alla navigazione internazionale o ad una o più provincie, potranno essere pareggiati ai porti marittimi di terza o di quarta classe, nei modi e per tutti gli effetti in questa legge stabiliti*». Le quali disposizioni, come tutte le altre della legge pei lavori pubblici relative alle acque, benchè non dirette a definire la proprietà delle medesime, come lo sono invece quelle relative alle strade, ma solo all'amministrazione e alla polizia, fanno chiaro che la legge considera come di pubblico interesse, vuoi nazionale, vuoi regionale, le acque dei laghi importanti. Gli altri possono essere patrimoniali dello Stato, o de' privati secondo i titoli: conforme a che disse Giavoleno, parlando del lido: «*Litus publicum est eatenus qua maximus fluctus hibernus exaestuat. Idemque juris est in lacu, nisi is totus privatus est*» (1). In diritto internazionale è noto che l'acqua litorana, ove l'impero nazionale si estende, è la portata di cannone.

*h)* ALTRI CANALI O CORSI D'ACQUA. — Tutti i corsi d'acqua sono soggetti alle leggi e al potere di polizia per la sicurezza e salubrità pubblica, alle regole concernenti le arginature, i consorzi obbligatori (2). Ma di chi è la proprietà di tutti i corsi d'acqua che non siano fiumi o torrenti nel senso dell'art. 427? È questione grave dove svariatissime sono le opinioni.

1ª opinione. Sono dello Stato, cioè demaniali come i fiumi e torrenti (3). Non osta, si dice, l'art. 538 del codice francese (427 italiano) perchè la sua dizione, benchè in apparenza ristretta a' fiumi navigabili e atti al trasporto, è compiuta dal principio generale che tutte le porzioni del territorio francese che non sono suscettibili di privata proprietà sono dipendenze del demanio pubblico. Ora l'acqua corrente non è suscettiva di privata appropriazione e così anche il letto che ne è il naturale accessorio. Un secondo argomento desumesi dall'art. 563 (cui non è conforme però

(1) Leg. 112. D. *de verb. signif.*

(2) V. legge 20 marzo 1865, all. *F.*

(3) Vedi DEMOLOMBE, t. X, p. 99, 101, 130, che cita le autorità in appoggio di questa opinione; Corte di Douai, 18 dicembre 1845 (DALLOZ, 1846, 2, 26). Nello stesso senso le corti di Gand 22 luglio 1844 (*Pasicr.*, 1849, 2, 244) e di Bruxelles, 26 febbraio 1870 (*Pasicr.*, 1870, 2, 183) e 6 maggio 1846 (*Pasicr.*, 1846, 2, 363); LAURENT, *Princ.*, VI, 17 e seg.; PERSICO, *Princ. di dir. amm.*, V. 2, pag. 250.

l'italiano 461), secondo il quale, quando il fiume muta letto, i proprietari dei fondi occupati dal nuovo prendono a titolo d'indennità l'antico, ciò che importa che questo non era de' rivieraschi ma del pubblico demanio (1).

Nel diritto francese si aggiunge ancora un motivo che vien dalla legge 22 gennaio 1808, che negava ogni indennità a' rivieraschi quando il governo dichiarava navigabile un fiume che non lo era. I fiumi e corsi d'acqua non navigabili, si dice ancora, sono per loro natura destinati all'uso di tutti, non suscettibili di privata proprietà e dacchè la legge non li attribuisce ai particolari se non in quanto a certi determinati usi (art. 644 e 645, codice franc.; 543, 544 cod. ital.) sono necessariamente del demanio pubblico.

2ª opinione. La proprietà dei corsi d'acqua secondarii è dei comuni. Non essendo essi suscettibili di proprietà privata, ma per natura atti all'uso di tutti e non trovandosi annoverati fra le cose del demanio dello Stato, debbono includersi nel demanio municipale (2).

3ª opinione. I corsi d'acqua sono proprietà dei rivieraschi (3). Gli argomenti ne sono molteplici. 1° L'antica giurisprudenza francese, secondo la quale i corsi d'acqua non navigabili nè *flottables* erano considerati proprietà de' signori e, in mancanza di titoli particolari, dei privati possessori (4). 2° Il capitolo III del titolo I del primo libro del codice che s'intitola dalla distinzione de' beni in rapporto a coloro che li possiedono, e che classificando i beni in sole due categorie, cioè dei privati e non dei privati, in questa seconda categoria non solo non colloca i corsi d'acqua, ma li esclude coll'enumerare nell'art. 538 fra le cose del demanio dello Stato i soli fiumi navigabili e atti al trasporto. Il medesimo dicasi del codice italiano, il quale, benchè meno restrittivo, enumerando però tra le cose demaniali i soli fiumi e torrenti, evidentemente esclude i corsi d'acqua che non meritano tal nome, soggiungendo infine della enumerazione, all'art. 435: *i beni non indicati ne' precedenti*

---

(1) Riprova che l'alveo dei fiumi e torrenti è dello Stato.

(2) Corte di cassazione belga 23 aprile 1852 (*Pasicr.*, 1852, 1, 245).

(3) CHAMPIONNIÈRE, *De la propriété des cours d'eaux non navigables*, 1846, LAURENT, *Princip.*, VI, 15 e seg.; Corte d'Amiens 28 gennaio 1843 (DALLOZ, 1845; 2, 189); Bruxelles 16 luglio 1846 (*Pasicr.*, 1846, 2, 260); TROPLONG, *De la prescr.*, I, 145.

(4) Cassazione belga 17 luglio 1866 (DALLOZ, 1866, 1, 391).

*articoli appartengono ai privati.* 3° La demanialità cioè la sottrazione di una parte di cose alla libera appropriazione privata essere un'eccezione, la proprietà privata la regola; quella dunque dover cessare, cessando la necessità pubblica. 4° L'art. 543 del codice italiano (644 del francese) disponente: *quello il cui fondo costeggia un'acqua che corre naturalmente e senza opera manufatta, tranne quella dichiarata demaniale dall'art. 427* (fr. 538) *o sulla quale altri abbia diritto, può, mentre trascorre, farne uso per la irrigazione de' suoi fondi e per l'esercizio delle sue industrie, a condizione però di restituirne le colature e gli avanzi al corso ordinario. Quello il cui fondo è attraversato da questa acqua può anche usarne nello intervallo in cui essa vi trascorre, ma coll'obbligo di restituirla al corso ordinario mentre esce dai suoi terreni.* Ora questa disposizione riconosce due volte la proprietà dei rivieraschi; la prima quando rileva la distinzione tra l'acqua demaniale, cioè dello Stato, e l'acqua che non lo è; la seconda quando al proprietario del fondo costeggiato o traversato attribuisce l'uso agricolo o industriale, coll'obbligo soltanto della restituzione al corso ordinario: uso che di natura compendia quasi tutta la sostanza di un corso d'acqua. 5° Il diritto di accessione, per cui a' rivieraschi appartengono tanto le isole ed unioni di terra che si formano nei fiumi non navigabili nè atti al trasporto (art. 458; fr. 561), quanto il letto abbandonato de' fiumi e torrenti non navigabili nè atti al trasporto ed anche (per equità) di quelli navigabili od atti al trasporto (art. 461; fr. 563). Come le isole ed unioni di terra ne' fiumi o torrenti navigabili ed atti al trasporto sono dello Stato perchè dello Stato è la proprietà di essi fiumi o torrenti, così le dette accessioni sono de' rivieraschi appunto perchè di essi è ancora la proprietà del letto cui accedono e de' corsi di acqua interi. 6° L'art. 544 (fr. 645) che in caso di controversia tra i proprietari interessati rende l'autorità giudiziaria arbitra di conciliare l'interesse dell'agricoltura e della industria coi riguardi dovuti *alla proprietà:* la qual parola non può riferirsi se non alla proprietà dell'acqua stessa e a' privati proprietari de' fondi latistanti (1). 7° A ciò può aggiungersi la rubrica sotto cui son collocati gli articoli 543-544, « *delle servitù che derivano dalla situazione dei luoghi* ». Gli obblighi dunque de' rivieraschi a resti-

(1) Vedi LAURENT, loc. cit. n. 18 e autori ivi citati.

tuire l'acqua sono servitù, gravanti la loro proprietà. Di chi dunque, se non de' rivieraschi stessi, la proprietà dell'acqua?

4ª opinione. La proprietà dei corsi secondari di acque non è propriamente di nessuno; la tutela e giurisdizione ne è dello Stato; l'uso comune a tutti, salvo certi usi particolari dei rivieraschi (1). Sono argomenti di codesto sistema la natura dei corsi d'acqua inappropriabile e l'uso di essi comune a tutti e l'art. 714 del codice Napoleone. Si aggiunga nel diritto francese la legge del 3 frimaio, anno VII, art. 103 che esonera dalle imposte le piazze e i mercati, le grandi strade, le strade comunali e i *fiumi* (*rivières*) in generale.

Una modalità di questo sistema distingue i fiumi non navigabili, e questi li fa cose *comuni*, dai minori corsi d'acqua, che attribuisce ai rivieraschi (2).

5ª opinione. Dee distinguersi il letto dalla massa dell'acqua. Il letto è dei rivieraschi, di che fan prova le disposizioni degli articoli 457, 458, 461 (fr. 560, 561, 563); la massa d'acqua non è proprietà d'alcuno (3).

La moltiplicità delle opinioni dimostra la gravità e la intrinseca dubbiezza della questione, la quale sorge alla sua volta da codesta natura così speciale e così, quasi a dire, equivoca dell'acqua. Diremo il nostro pensiero.

Astraendo dal vaso o canale ove l'acqua si contiene e affissandosi nell'acqua stessa, essa può considerarsi in tre sensi e per tre

---

(1) MERLIN, *Répert.*, verb. *rivière*, § 11, n. 5 (t. XXX, p. 87); *Questions de droit*, verb. *Cours d'eau*, § 1 (t. IV, p. 395); ZACHARIÆ e AUBRY e RAU (t. II, p. 36 e nota 8); Cassaz. fr. 14 febbraio 1833 (DALLOZ, v. *Eaux*, n. 213); Tolosa, 6 giugno 1832 (ivi, n. 377); Cassazione 10 giugno 1846 (DALLOZ, 1846, I, 177); 23 novembre 1858 (DALLOZ, 1859, I, 18), e 8 marzo 1865 (DALLOZ, 1865, I, 130); Metz 11 agosto 1868 (DALLOZ, 1869, 2, 53). È la giurisprudenza francese quasi unanime (LAURENT, VI, 21); PROUDHON (*Du domaine publ.*, n. 669, 1415; DEMOLOMBE, t. X, p. 122; ISAMBERT, *De la voirie*, n. 190 e seg.; Consiglio di Stato (V. DUCROCQ, *Droit adm.*, II, 832); DUCROCQ, *ibid.* Il quale distingue però le *petites rivières*, di cui gli articoli 644, 556, comuni nel senso dell'art. 714, dai *ruisseaux*, intermittenti, men larghi e meno importanti, proprietà de' rivieraschi (II, 816).

(2) DEMOLOMBE e PROUDHON, loc. cit., *Arrêts d'Agen* 4 marzo 1856 (DALLOZ, 1856, 2, 63) e *de Bordeaux*, 7 agosto 1862 (DALLOZ, 1862, 2, 191).

(3) V. DUCROCQ, *Droit adm.*, II, 832. Il Proudhon dice invece pubblici il corpo del fiume e il letto di fiumi anche non navigabili nè fluitabili (*Domaine publ.*, v. I, p. 250).

scopi ovvero ordini di utilità, cioè: *a)* nella sua fisica e concreta sostanza, ossia nelle molecole che la compongono ad un dato momento (derivazioni momentanee); *b)* in quanto perennemente e continuamente fluisce e si rinnuova; *c)* nel suo corso e nella sua massa in quanto, separatamente dalle molecole incessantemente rinnovantisi, forma un tutto costante benchè rinnuovato ad ogni istante dalla perennità sua. Nel primo senso, l'acqua è di nessuno, ma appropriabile, e appropriata passa nel patrimonio dell'occupante. Nel secondo senso, è la vera *acqua profluens* del diritto romano, inappropriabile perchè inesauribile, comune cioè in proprietà di nessuno, utile a tutti, p. e. per bagnarsi, lavare (per diritto romano anche navigare, galleggiare), bere. Nel terzo senso è il fiume, torrente, acquidotto, fontana, corso d'acqua, vero subbietto di proprietà avente a riscontro e materia certe utilità: irrigazione o derivazione costante, forza motrice, navigare, pescare: considerata dalla legge non solo come oggetto di proprietà ma di proprietà immobiliare (art. 412 del cod. civ.).

In quest'ultimo senso l'acqua può esser pubblica o privata, secondochè possa essere occupata e servire ad un popolo o ad un privato esclusivamente. Alla privata si riferisce l'acqua che sorge in un fondo, che la legge dà diritto di usare a piacimento (art. 540), a titolo di proprietà (art. 542), salvo la servitù stabilita da titoli o dalla legge, come nel caso la sorgente somministri ad una popolazione l'acqua necessaria *(ibid.)* e salvo altresì l'obbligo in qualunque altro caso di non disperderla in pregiudizio di altri fondi a cui potesse profittare e i cui proprietari volessero, mediante compenso, profittarne (art. 545).

La sorgente e quindi anche il corso è proprietà accessoria del fondo in cui si contiene. Ma quando il corso oltrepassa un fondo, ed entra in altro di diverso proprietario, il corso di chi è? È del proprietario della sorgente? del proprietario del fondo inferiore? o divien pubblico? Alla prima ipotesi osta che il corso, benchè costituito dalla sorgente, non può stare senza il letto e le ripe, e queste, essendo in altrui fondo, non possono essere del proprietario della sorgente. Alla terza fa ostacolo il difetto di uso che pubblico possa dirsi veramente. Non rimane che la seconda ipotesi, tranne titolo contrario che ne attribuisca la proprietà altrui piena ed è il caso dell'art. 543 (fr. 644), ove comechè non si parli che di diritto di uso per la irrigazione de' proprii fondi o per l'esercizio

delle proprie industrie, dee ciò intendersi a titolo di proprietà essendochè non si comprenderebbe altrimenti qual fosse il proprietario. E se di proprietà non parla l'articolo, egli è che quest'uso può in altri casi esser una vera servitù, cioè quando la proprietà dell'acqua sia del comune o dello Stato. Anzi è una servitù, sempre in certo senso, cioè per rispetto al proprietario della sorgente o del corso superiore che non può deviarla; ma è proprietà e possesso per rapporto al corso lunghesso il proprio fondo o attraverso il medesimo (art. 545).

Or ripetendo codesto ragionamento pel terzo e pel quarto e ulteriori fondi, cui l'acqua costeggi o traversi, ne risulta il principio che il corso d'acqua è, ne' casi o di conosciuta o d'ignorata sorgente di un corso che attinga un certo limitato numero di fondi, proprietà dei rivieraschi o un condominio del corso nel senso e nell'analogia dell'art. 562 e seguenti del codice civile.

Ma può giungere a un certo punto la lunghezza e la importanza del corso di acqua che l'utilità sua non è più ristretta al proprietario del fondo in cui sorge o a quello dei fondi attinti, ma si estende a considerevole parte di un territorio o di più territori di comuni e di provincie, e questo non solo se abbia idoneità alla navigazione o al trasporto, nel qual caso, come una strada, cade nella enumerazione delle cose per essenza o per leggi pubbliche e demaniali (art. 527 cod. civ.; fr. 538), ma eziandio perchè può servire all'agricoltura, o all'industria, o alla pesca non solo dei rivieraschi, ma d'intere popolazioni, ovvero serve da colatoio a intere regioni, e interessa la salubrità, la sicurezza pubblica: chè anzi, quantunque non serva attualmente e direttamente a via di comunicazione, ha capacità di divenirlo o indirettamente vi serve influendo in un fiume o torrente. A questo punto il corso d'acqua diventa o può diventar pubblico.

Qual sia il limite preciso tra questa privata e pubblica utilità e proprietà, non è dato determinare con certi criteri. La determinazione può risultare da titoli, convenzioni, concessioni, disposizioni di autorità, ovvero da apprezzamento di magistrato sulla base delle circostanze de' fatti e de' luoghi e delle consuetudini. Il diritto può dire però che la presunzione è per la privata proprietà (art. 435 cod. civ.; fr. 537), e che non basta un fatto o due dell'autorità moderatrice delle acque per creare la demanialità di un corso, essendo, in quistioni di proprietà, lo Stato alla pari de' pri-

vati e l'azione dell'autorità amministrativa riguardando la polizia delle acque, non già la proprietà.

Il problema non può dunque essere risoluto in maniera generale: la proprietà può essere privata o pubblica secondo le condizioni di fatto che ne variano la natura materiale, economica, giuridica. Certo la proprietà dei corsi di qualcuno è, dacchè può essere posseduta e appropriata. A differenza dell'acqua fluente, la massa costante dell'acqua è capace di possesso e di proprietà, perchè è capace di utilizzazione e godimento esclusivo. Basterebbe a provarlo lo esempio de' grandi fiumi e torrenti, che sono del popolo, cioè dello Stato, e non di tutti: non debbono dirsi a più forte ragione appropriabili le masse e i corsi di acqua minori? Or se questi sono *in bonis* di qualcuno, non possono essere che o del pubblico o dei privati, secondochè le utilità loro principali, cioè le utilità che arrecano, come massa di acque, o sono d'un popolo o sono dei privati ne' cui fondi o lungo i cui fondi fluiscono.

La distinzione è certamente nel diritto e nella legge. In diritto romano stesso avvi, come sopra osservammo, il *flumen publicum* che era quello dotato di perennità e il *privatum* quello che ne era scevro. Nel nostro diritto, oltre gli articoli 412, 542 vi ha l'articolo 543 del cod. civ. che chiaramente fonda la distinzione quando dà diritto di uso (e questo, come si provò, a titolo di proprietà) ai rivieraschi, tranne due casi: 1° quella dichiarata demaniale dall'art. 427, e 2° quella *sulla quale altri abbia diritto.* Può dunque esser l'acqua di un corso o demaniale, o di un proprietario solo, o di molti, cioè dei proprietari latistanti.

E non solo può essere, ma è veramente. La legge sulle opere pubbliche, al titolo III, tratta delle acque soggette a pubblica amministrazione, e dice (art. 91) che al governo è affidata la suprema tutela delle acque *pubbliche*, e queste sono, secondo le quattro categorie di opere che si fanno intorno ad esse, non solo i fiumi, laghi e grandi canali coordinati ad un sistema di navigazione (articolo 93), ma tutti i fiumi arginati e loro confluenti arginati (articolo 94), i fiumi non arginati e le loro diramazioni, i torrenti, *i piccoli corsi d'acqua d'interesse d'un limitato territorio* (art. 96), e persino *i rivi e scolatori naturali* (art. 98). In generale diconsi pubbliche dunque le acque de' fiumi, torrenti, laghi, rivi e colatori naturali, come suona la rubrica del capo I di questo titolo III della legge.

Nè può dirsi che la legge chiami pubbliche codeste acque nel senso improprio di comuni. Imperocchè, per la legge, sono *i minori corsi naturali di acque pubbliche distinti da' fiumi o torrenti colla denominazione di fossati, rivi e colatori pubblici* (art. 102); ond'è chiaro che codesti corsi minori son pubblici nel medesimo senso che sono i maggiori, cioè i fiumi e torrenti. E queste acque pubbliche sono tali che niuno può derivarle nè stabilirvi molini od altri opifizi se non ne abbia un legittimo titolo, o non ne ottenga la permissione dal *governo* (art. 132); e la concessione deve determinare la quantità, il tempo, il modo e le condizioni dell'estrazione e stabilire *l'annuo canone* od il *prezzo* di vendita da corrispondersi alle finanze dello Stato (art. 133). E i proprietari rivieraschi avranno bene essi l'uso dell'acqua, secondo la stessa disposizione dell'art. 543, che non distingue acque da acque, e non dice se a titolo di proprietà e di servitù (or si comprende perchè), ma la avranno non a titolo di proprietà come nelle acque private, ma a titolo di puro uso che il codice non definisce, bensì definisce nelle acque pubbliche l'art. 102 della legge sui lavori pubblici, ov'è detto che *i minori corsi naturali di acque distinti dai fiumi o torrenti colla denominazione di fossati, rivi e colatori pubblici sono mantenuti da' proprietari dei beni che li fronteggiano o di quelli cui servono di scolo, e dai possessori od utenti delle loro acque.*

Ma perchè il letto abbandonato di codesti corsi minori, e le accessioni naturali del medesimo appartengono a rivieraschi (1)? Non prova forse questo che il letto almeno di tali corsi d'acqua è dei proprietari latistanti come vogliono i fautori della quinta opinione? Quanto all'accessione del letto disseccato, questo in verità nol prova. Il letto è accessorio naturale del fiume, come le unioni di terra e le isole surte in esso. Dovrebbero dunque l'uno e l'altre appartenere a chi appartiene il fiume. Ora, ne' fiumi pubblici le unioni di terra e le isole son dello Stato, il letto abbandonato è dei rivieraschi. Dunque dall'appartenere a' rivieraschi il letto abbandonato de' corsi d'acqua non può per la stessa logica del legislatore inferirsi alla proprietà de' corsi: come dalla proprietà delle isole non può inferirsi alla proprietà del letto abbandonato, e nemmeno dunque del corso d'acqua. Nè vi ha incoerenza nelle disposizioni della legge. Il letto del fiume è del proprietario del corso d'acqua sinchè questo

(1) Cod. civ., art. 461, 458 (franc. 563, 561).

sussiste, perchè n'è l'accessorio naturale. La occupazione del terreno che l'acqua opera in modo costante e per tempo indefinito, fa che la proprietà del terreno s'immedesimi con quella dell'acqua. Mutato il letto, col principale si muta l'accessorio, la ragione della permanente occupazione cessa, e mentre il legislatore francese trova equo dar codesti terreni in compenso a' proprietari de' fondi occupati dal nuovo letto, l'italiano, sulle traccie del diritto antico, trova più logico che il terreno ritorni a coloro co' fondi del quale forma continuità e si riunisca a que' fondi da cui forse in origine il letto fu staccato. Ma sinchè il letto è occupato dalle acque, la proprietà sua è dello Stato. Ce n'è un argomento autentico nell'art. 228 della legge sulle opere pubbliche, ove si dispone che « *ne' casi di occupazioni occorrenti alla costruzione di ferrovie non sarà dovuto alcun compenso o risarcimento per occupazioni permanenti, provvisionali o temporanee degli alvei delle acque pubbliche, delle spiagge lacuali o marittime nè di qualunque altro terreno improduttivo appartenente allo Stato* ».

Ma come conciliare colla ipotesi della proprietà del letto nello Stato la fatta eccezione delle isole a favore dei rivieraschi? Non può dirsi, come del letto, che esse diventano, mutato il letto, dei rivieraschi, benchè prima non fossero, imperocchè l'art. 458 parla di un corso di fiume o torrente non navigabile, tuttora permanente. Non può dirsi nemmeno che l'art. 458 parli solo di fiumi e torrenti, non d'altri minori corsi, perchè, se è dello Stato la proprietà delle isole surte in quelli, deve *a fortiori* esserlo delle isole nate in questi.

Evidentemente il legislatore ha diviso la proprietà dell'acqua e del letto de' corsi minori da quella delle loro isole, non per alcuna ragione di logica giuridica, ma per quella larga equità che domina in tutta questa materia delle accessioni, massime di cose pubbliche, perchè considerò le isole come formate da detriti dei fondi laterali, da assomigliarsi all'alveo abbandonato, nè pensò che valessero per queste isole quelle ragioni di difesa e di opportunità che fecero riserbare allo Stato le altre isole de' fiumi e torrenti navigabili e atti al trasporto.

Rimane ad esaminare una questione a proposito della seconda delle suddivisate opinioni. Se i corsi d'acqua naturali sono, date certe condizioni, di pubblica ragione, appartengono essi al demanio dello Stato o dei comuni? La logica del diritto vorrebbe o all'uno,

o agli altri secondochè l'interesse o l'uso fosse esteso a tutto il territorio nazionale, o a un'importante parte del medesimo, ovvero circoscritto al territorio e alla popolazione di un comune. E come havvi una servitù attiva legale a favore de' comuni anche in acque private, puta quella di che dispone l'art. 542, così potrebbe esservi un corso d'acqua comunale, perchè di uso, oltre ai rivieraschi, di tutto il territorio e di tutto il popolo comunale. Ma il nostro diritto positivo non si presta a questa inferenza. Nè la legge comunale e provinciale, nè la legge sulle opere pubbliche contiene allusioni ai corsi d'acqua comunali. Quella non parla che di acquedotti comunali (1). Questa non chiama i comuni a contribuire per opere lungo i corsi d'acqua, se non quando unicamente provvedono alla difesa dell'abitato di città, villaggi e borgate, ovvero per le spese de' porti e scali sui laghi e fiumi (2); però codesto contributo non presuppone già proprietà di que' corsi o ricettacoli di acque, ma solo quella dei beni soggetti a incursioni delle acque stesse, o interesse generale alla conservazione delle città o villaggi. E che la legge parlando di acque pubbliche mai non si riferisca a comuni, ma solo allo Stato, si fa evidente allorquando tratta delle derivazioni o concessioni di esse acque, con dirci che la concessione si fa dal governo, il prezzo o canone si paga alle finanze dello Stato, e, quando trattasi di fiumi e laghi, il governo deve provocare il parere de' consigli provinciali che possono avervi interesse, non mai dei comunali. Forse il fatto che corso d'acqua pubblica importante, pel volume, per la lunghezza, non può esservi se non quando traversi più territori comunali e provinciali, i quali poi non sono mai stabilmente e irrevocabilmente definiti, è causa che acque pubbliche nel senso della legge non siano se non quelle dello Stato.

Riassumendoci sull'ardua quistione della proprietà dei minori corsi d'acqua naturali, esclusa la opinione che li fa cose *nullius* o comuni e quella che li attribuisce ai demanii comunali, crediamo che le altre opinioni, inesatte in quanto si prendano esclusivamente, possano esser vere ciascuna nel suo caso: che il corso d'acque può essere privata proprietà o pubblica secondo i titoli, e, in mancanza di titoli, delle consuetudini, de' fatti, delle circostanze di positura, di grandezza, di utilità economica, da apprezzarsi, in caso di con-

(1) Art. 116, n. 10

(2) Legge sulle opere pubbliche, art. 99, 100, 106, 107.

troversia, per l'autorità competente: che il corso pubblico però, quando è tale, benchè pe' generali principii di ragione potrebbe spettare al demanio dello Stato o de' comuni, per nostro diritto positivo non appartiene che allo Stato.

Un tale sistema risponde e soddisfa, ci sembra, alle difficoltà e agli argomenti mossi e invocati dagli altri sistemi. Stabilito che l'art. 427 (fr. 538) non è determinativo, come già sopra si provò e come dovrà ripetersi ancora, neppure la disposizione dell'art. 435 può fare ostacolo. La disposizione poi dell'art. 544 (fr. 645), che vuole siano conciliati gl'interessi dell'agricoltura e dell'industria coi riguardi dovuti alla proprietà, oltrechè può parlare delle proprietà de' fondi e non dell'acqua, rimane, anche applicato a questa, efficace tanto se la proprietà dell'acqua sia pubblica, tanto se privata, secondo i casi. E se infine gli art. 543, 544 presuppongono, com'è certo, una *servitù* di restituzione dell'acqua superflua a carico de' proprietari, anche questa servitù può considerarsi gravante la proprietà de' fondi, anzichè quella dell'acqua, e, quando pur vogliasi intendere di questa, ciò non pregiudica al nostro sistema che ammette una proprietà sia pubblica, sia privata, ma colle condizioni e coi pesi che la legge ha creato in vista della special natura e della speciale utilità di codesta sostanza (1).

In fatto di acque resta a dire de' corsi non naturali, cioè degli acquedotti. Sono canali manufatti per condurre le acque necessarie ad una popolazione. Come i canali sono fiumi artificiali per la navigazione, così gli acquedotti sono corsi d'acqua artificiali per l'alimento: quelli di solito appartengono allo Stato, questi ai comuni, perchè a cura e spese loro costruiti e a loro uso esclusivamente destinati. Ma sono essi nel demanio o nel patrimonio municipale? Certamente sono nel demanio, essendo beni di uso pubblico, e quindi non solo i corsi, ma tutte le opere manufatte che servono ai medesimi (2). Le fontane, e in genere le acque destinate all'uso della

---

(1) Sulla ipotesi recentissima delle acque *pubbliche non demaniali*, o altrimenti dette *indisponibili*, vedi le monografie del Ratto, del Rannelletti (*Delle concessioni*) e del Pacelli (tesi di laurea sulle acque pubbliche). Consulta la legge sulle *derivazioni* del 1887.

(2) Per le fontane, canali, acquedotti v. L. 23, 36. C. *de oper. publ.*; L. 9, 11. C. *de acquaed.*; AUBRY et RAU, II, § 169; TROPLONG, I, 168; Cass. fr. 4 giugno 1866 (SIREY, 1866, I, 446).

popolazione, sono beni indubbiamente del demanio comunale (1), benchè non manchino contradditori (2).

Si è fatta quistione delle acque reflue o di sopravanzo, cioè di quelle che, uscite dall'acquedotto, sopravanzano all'uso pubblico e sono disperse e possedute da' privati. Ora, sostengono alcuni che quelle acque cessano di esser demaniali e diventano patrimoniali del comune, quindi alienabili e prescrittibili. E infatti coll'essere superflue cessa la destinazione all'uso pubblico, e quindi la demanialità (3). Al contrario v'ha chi nega che le acque degli acquedotti e delle fonti pubbliche possano diventare privata proprietà e dice che nel possessore o concessionario non può passare che l'uso, e questo precario, cioè subordinato a quello pubblico. La necessità e quindi la sovrabbondanza delle acque esser cosa tutta relativa, mutevole secondo le circostanze naturali, economiche e civili: non potersi quindi mai dir superflua un'acqua, per inferirne che passi dal demanio al patrimonio del comune: non potersi scindere la massa di acqua in due parti, l'una dalla sorgente alla fontana o alla derivazione, l'altra da questa in poi: questa non poter essere patrimoniale di sua natura sinchè rimane demaniale quella, perocchè ne dipende necessariamente e ne è continuazione e parte (4). E ciò ne sembra giusto per le acque disperse e occupate dai privati. Che deve però dirsi delle concessioni espresse fatte dal comune? Diventano o no le acque concesse dal comune, legittimamente rappresentato e colle forme volute dalla legge, proprietà o servitù altrui irrevocabile, come ogni concessione di cosa già passata dal demanio al patrimonio comunale e quindi divenuta alienabile, diguisachè non possa più sottrarsi al privato dominio se non per re-

---

(1) PACIFICI, *Distinz. de' beni*, 74; LAURENT, *Princ.*, VI, 66; Cass. francese 11 aprile 1866 (SIREY, 1866, I, 294).

(2) Cassaz. Palermo, 16 aprile 1873 (*Legge*, II, 1873, p. 203).

(3) C. Cassazione Palermo 5 marzo 1864 (*Raccolta*, XVI, 1, 164); ROMAGNOSI, *Condotta*, parte 1a, lib. 1, § 102 e seg.; PASTORE, art. 622 del cod. Albert.; Cassazione Parigi, 9 gennaio 1860 (DALLOZ, 1862, 1, 125); Cassaz. Torino, 30 dicembre 1874 (*Ann.*, IX, 1, 181).

(4) L. 11 C. *de acquaed.*; PACIFICI-MAZZONI, *Distinzione de' beni*, n. 82 e autori ivi citati pro e contra; LAURENT, *Princ.*, VI, 66; Cass. francese 20 agosto 1861 (DALLOZ, 1861, 1, 385); 4 giugno 1866 (DALLOZ, 1867, I, 35); 15 novembre 1869 (DALLOZ, 1870, I, 275); TROPLONG, *De la prescr.*, art. 2226, n. 168; SCIALOIA, op. cit., n. 893 e seg.; Grenoble 30 novembre 1867 (DALLOZ, 1868, 2, 130); AUBRY e RAU, loc. cit.

golare acquisizione volontaria o coattiva (1)? Ovvero riman sempre tale concessione subordinata alla utilità generale, quindi revocabile, senza mai conferire un diritto di proprietà o di servitù vera, come tutte le concessioni di cose demaniali (2)? Noi riputiamo che la questione vada decisa colla volontà del comune debitamente rappresentato, collo indagare cioè se esso volle sottrarre effettivamente una parte dell'acqua all'uso pubblico, alienarla a titolo vero di proprietà o di servitù, come avviene delle concessioni di derivazione di acque demaniali dello Stato (3), ovvero concederla in uso precario e revocabile. Molto giova a questo effetto la circostanza se fu data a titolo oneroso o gratuito. Ma il solo fatto della demanialità della cosa conceduta non può escludere *a priori* la proprietà privata, giacchè l'argomento ricadrebbe in una petizione di principio, presupponendosi demaniale l'acqua al momento della concessione, quando la questione è appunto se essa abbia cessato di esser tale per volere e decreto dell'autorità competente.

Nè osta la unità e indivisibilità dell'acqua dalle sorgenti allo sbocco, la qual ragione se fosse buona, proverebbe di troppo: proverebbe cioè la impossibilità di alienare una parte o una derivazione anche di acqua privata. Solo può affermarsi che nel dubbio la concessione dovrà dirsi precaria e revocabile (4).

*i)* FORTEZZE E PIAZZE DA GUERRA. — L'articolo 427 del codice patrio, come l'art. 358 del codice francese, enumera infine tra le cose demaniali le porte, le mura, le fosse, i bastioni delle piazze da guerra e delle fortezze. Vi s'intendono ancora i terreni militari occupati dalle fortificazioni.

*k)* ALTRE COSE DEMANIALI. — EDIFICI PUBBLICI. — Possono esservi altre cose demaniali dello Stato oltre quelle enumerate nell'art. 427 del codice civile? È determinativa codesta enumerazione? Nell'articolo corrispondente del codice francese (358) la giurisprudenza e la dottrina furono per la negativa, per le generali espressioni che vi erano aggiunte « *ogni porzione di territorio francese*

---

(1) PACIFICI-MAZZONI, loc. cit.

(2) Cassazione francese e LAURENT, loc. cit.

(3) Legge sulla contabilità dello Stato 22 aprile 1869, n. 5626, art. 13; Legge sulle opere pubbliche, art. 133.

(4) Sulla materia delle acque pubbliche vedere il FOUCART, *Droit adm.*, II, p. 337 e seg.; PERSICO, II, p. 20; PROUDHON, vol. II, 948, 669, 1415 e vol. III, 649. Vedi gli scritti sulla materia speciale del DIONISOTTI, del GIANZANA e del MUZI.

*che non è suscettibile di privata proprietà* ». Ma nel codice patrio, non ripetendosi codeste frasi, l'argomento non regge, e sembrerebbe doversi ritenere la contraria interpretazione per la formula ristretta dell'art. 427 e per la esclusiva dell'art. seg. 428 (fr. 539) « *qualsiasi altra specie di beni appartenenti allo Stato forma parte del suo patrimonio* ». Purtuttavia non può presso noi adottarsi una diversa decisione da quella della giurisprudenza francese, anche a costo di ritenere meno esatte e coerenti le espressioni dei due citati articoli. Il complesso della legislazione ci obbliga. Già fu visto che nonostante le frasi limitative *fiumi* e *torrenti* dell'art. 427 bisogna ritenere altri corsi di acqua di proprietà demaniale. Or si aggiunga che vi possono essere altre cose non enumerate e pur demaniali, principalmente gli edifici pubblici.

Infatti lo stesso codice parla di edifici destinati all'uso pubblico (art. 556, 572); or la destinazione ad uso pubblico suona demanialità e tutto ciò che può esser destinato a pubblico uso è demaniale. Forse la disposizione dell'art. 427 parla delle cose per natura e sempre demaniali, non di quelle che lo sono accidentalmente, e in quel senso solo la enumerazione è determinativa. Così sono certamente demaniali (del comune) le mura e porte della città *(sanctæ* pei romani, cioè *diis heroibus consecratæ)* (1). Pur quella degli edifici pubblici è grave controversia: i palazzi del senato, della camera, la reggia, i palazzi de' ministeri, le case di prefettura, quelle provinciali e comunali, teatri, biblioteche, musei e pinacoteche (2), arsenali, caserme, teatri, scuole pubbliche, cimiteri (3),

---

(1) GAIO, II, 8, § 10. *Inst. de rer. divis.;* L. 8, 9, 11. D. *de divis. rer.;* L. 2, D. *ne quid. in loc. sacr.;* TROPLONG, *Prescr.*, n. 174; C. Nancy, 31 gennaio 1838 (SIREY, 1838, 2, 208).

(2) Sui musei, gallerie, biblioteche v. L. 1, § 22. D. *de acq. vol. am. poss.;* L. 6, § 1. D. *de div. rer.;* § 6, *Inst. de rer. div.;* Cons. di Stato 26 febbraio 1875 (*Legge*, II, 1876, p. 186); LAURENT, *Princ.*, VI, 63, *Contra*, ROCCO, *Quist. di dir. amm.*, XLII.

(3) Indisputabile la demanialità de' cimiteri in generale: dà luogo però alla questione speciale dei loculi e delle tombe in essi concesse a' privati mediante certi corrispettivi d'indennità di suolo, di tasse cimiteriali, ecc. Riteniamo che un diritto privato sulle opere ed anche sul sito concesso competa a' privati per la forza stessa della concessione pari a quello de' proprietarii frontisti sulle strade pubbliche, salva bensì la proprietà nel comune e la demanialità della cosa; non potendosi concepire che il cimitero rimanga cosa pubblica e demaniale, mentre le varie frazioni d'essa siano divenute proprietà private. Le sole opere sono indubbiamente di pro-

chiese, ospedali ed ospizi (1), macelli (2), mercati pubblici (3), collegi, università. Altri affermano la demanialità di tali beni (4), altri la negano (5). I primi si fondano sul carattere essenziale della demanialità, la destinazione all'uso pubblico. Or la legge, così argomentano, espressamente dice tali edifici destinati ad uso pubblico; epperò li esonera dai pesi della comunione coattiva (art. 556), dalle leggi delle distanze per gli altri edifici prescritte (art. 572), il che non può derivare da altro fondamento che da quello della inalienabilità. Nè osta che l'art. 538 del codice francese domandi per carattere della demanialità il non essere la cosa suscettibile di proprietà privata, perocchè codesta *insuscettività* bisogna intenderla in modo relativo, non assoluto; per destinazione, non per impossibilità fisica; altrimenti qual cosa sarebbe demaniale? Non la strada stessa, perocchè il suo suolo è per natura occupabile e destinabile a privata appropriazione. E per la medesima ragione può dirsi non ostare il concetto d'*inalienabilità* per natura che il codice francese (art. 537) e l'italiano (art. 436) attribuiscono alla demanialità. Esigere la inappropriabilità per natura e la inalienabilità per natura in senso assoluto varrebbe quanto distruggere affatto la demanialità, confondere le cose pubbliche con le comuni. Non può accettarsi poi la distinzione tra uso e servizio pubblico, poichè questo importa necessariamente quello. Così la casa comu-

---

prietà privata, benchè costruite sopra suolo pubblico. — Sui cimiteri (*res sacrae* pe' romani) vedi Gaio, II, 4, § 9 *de div. rer.*, L. 6, § 4, D. I, 8; e tit. D. e C. *de religiosis*. Voet, *Pand.*, tit. *de usuc.*, n. 12; Conti, *Quist. di dir. amm.*, quist. 1, n. 6; *Legge*, III, 1875, p. 95 e seg.; Tribunale di Venezia 25 maggio 1875 (*Legge*, II, 1876, 6); Dupont Lavillette, *Quest. de droit*, I, pag. 197; Curasson, *Traité des act. poss.*, II, 175; Batbie, *Dr. publ.*, V, 314. — Anche il diritto di palco al teatro pubblico è quistione speciale. È comproprietà? è servitù? è diritto *sui generis?* Per lo più si ritiene una comproprietà.

(1) Legge 3 agosto 1862, art. 29; Foucart, *Dr. adm.*, II, 801; Demolombe, IX, 460; Aubry e Rau, II, 169.

(2) Laurent, *Princ.*, VI, 63; Aubry e Rau, II, 169.

(3) Foucart, II, 804; Aubry e Rau, II, 169. Cass. franc. 16 aprile 1866 (Sirey, 66, 1, 196).

(4) Laurent, *Princ.*, VI, 37; Pacifici-Mazzoni, *Distinz. de' beni*, n. 75; Foucart, *Cours de droit adm.*, t. 2, n. 801 e seg.; Aubry e Rau, t. 2, p. 40 e 41 e note — V. altre autorità citate da Saredo, nota cit. (*Legge*, III, anno XVII, p. 147).

(5) Cassaz. Parigi 18 febbraio 1854 (Dalloz, 1854, 2, 178); Aubry e Rau, t. II, p. 39, nota 9; Ducrocq, *Droit adm.*, t. II, n. 766 al 773; Proudron, n. 344.

nale è necessariamente usata dal pubblico che vi accede per gli atti dello stato civile, per assistere alle sedute del consiglio e per altre occorrenze della vita civica (1). Avvi poi la legge sulla imposta fondiaria (2) che dispensando dall'imposta i fabbricati pel culto, i cimiteri, le strade e piazze e gl'immobili dello Stato destinati a pubblico servizio gratuito, conferma la demanialità anche degli edifici, per quanto la norma fiscale possa sembrare non sicura norma di diritto, e parziale e incoerente, non esonerando similmente gli immobili dei comuni destinati ad uso pubblico.

Obbiettano gli altri, che nei pubblici edifici non si riscontrano i veri caratteri della demanialità: che la legge francese espressamente domanda non dover essere suscettibile di privata proprietà, il che non può intendersi per arbitraria creazione della legge; la demanialità dover essere oggettiva e nella cosa medesima, non creata dalla sola volontà del legislatore: la destinazione a un semplice servizio pubblico di costruzioni per loro natura suscettibili di una destinazione differente non poter cambiarne il carattere: che neppure può dirsi l'edificio pubblico esser destinato all'uso pubblico, ma piuttosto ad un pubblico servigio, uso pubblico essendo un godimento di tutti, cioè comune (3). Come dire demaniale, sottratta al commercio, colpita d'inalienabilità, d'imprescrittibilità quella casa che, ieri destinata ad uso di abitazione privata, oggi è allogata a casa comunale, a scuola, a ospedale pubblico? E non può il comune togliere in affitto edifici per collocarvi scuole o uffici pubblici? Essi non sono demaniali allora: perchè lo diventano al momento che il comune ne diviene proprietario? Chi direbbe nulla una servitù di appoggio, di acquedotto, che un proprietario vicino avesse sulla casa comunale o della prefettura o di un altro edificio destinato, poniamo, a teatro pubblico?

Ma la maggior parte di tali obbiezioni cade di fronte alla disposizione indistinta della legge e a questo concetto che, per essere l'edificio demaniale, si richiede che, o per natura sua, o per consuetudine, o per decreto, sia stabilmente e in perpetuo destinato all'uso o al servizio pubblico. Ora l'uso veramente pubblico non si

---

(1) LAURENT, *Princ.*, VI, 64.

(2) Legge 14 luglio 1864, art. 10; L. 26 gennaio 1865, art. 2; L. 28 maggio 1867, art. 3; L. 16 giugno 1871, art. 3; Regol. 28 giugno 1874, art. 4.

(3) DUFOUR, *Dr. adm.*, V, 77; DUCROCQ, *Dr. adm.*, II, 772.

ha se l'edificio non è tale da servire stabilmente all'uso stesso, e sia di tale qualità che il popolo possa perpetuamente usarne. Anche il suolo delle strade e i manufatti delle fortezze e piazze da guerra sono per natura suscettibili di privata proprietà, come osserva il Laurent, ma nol sono in quelle medesime condizioni. Anche vi sono cose che per la forma stessa sono indifferenti all'uso pubblico e al privato, come il teatro, il museo, il bosco, il giardino, il campo, che da pubblici possono diventare privati o viceversa, pur rimanendo le medesime condizioni. Ma non per questo è men vero che tale edificio o tal fondo può esser destinato stabilmente per l'uso del popolo e per servire perpetuamente ad esso. Ciò basta per la demanialità, cioè perchè un popolo s'accordi a porla fuori di commercio. Questa volontà, questa consacrazione diviene diritto pubblico: dev'essere rispettata.

L'uso pubblico non dev'essere necessario. La natura della cosa può essere indifferente all'uso pubblico o al privato, ma può esservi tuttavia demanialità. Come i corsi d'acqua possono in genere essere privati o pubblici, ma le loro qualità secondarie, e il fatto, o il costume, o l'autorità li determinano all'una o all'altra specie, così gli edifici. La determinazione viene o direttamente dalla legge nei casi enumerati all'art. 427, o dall'autorità competente nei casi genericamente dalla legge accennati, come i beni dei comuni all'art. 432. Gli stessi fautori dell'opinione negativa ammettono che leggi speciali possono dare la demanialità a beni che pel codice civile non l'avrebbero. In mancanza di leggi speciali o di espressa dichiarazione di demanialità fatta dall'autorità competente (di che si vedrà più oltre) deve soccorrere il criterio giuridico, che per noi è questo: l'uso pubblico dover essere un vero godimento in comune del popolo, non transitorio, ma stabile e perpetuo, o risulti dalle specifiche qualità della cosa o dalla consuetudine o dal fatto dell'autorità. Ogni altra diversa distinzione e restrizione condurrebbe all'annientamento dei demani pubblici specialmente comunali. Ne risulta che gli edifici destinati a pubblici uffici sono demaniali quando si provi la consacrazione loro perpetua ad uso o servizio pubblico.

Il diritto romano poneva tra le cose pubbliche non solo quelle tali per natura, ma quelle che il costume, *commercio exuit*, e le *domus publicas et prætoria judicum* e in genere le *communia civitatum* e le *res universitatis*, purchè tali che in perpetuo fossero addette a quell'uso.

Quanto al codice, esso tra i beni demaniali non annovera gli edifici coll'art. 427, anzi col 428 sembra escluderli e relegarli tra i beni patrimoniali. Ma la enumerazione non è definitiva in rapporto ai beni dello Stato, come fu provato, ed anzi rapporto a quelli dei comuni non esiste enumerazione, ma semplice generica definizione.

Alla esposta teoria del resto consuonano gli articoli 556, 572 del codice civile. Potrebbe farsi questione se questi articoli abbiano a interpretarsi, cioè a intendersi degli edifici addetti a uffici pubblici, o non solamente di quelli destinati a tale uso pubblico che consista nel popolare immediato godimento e per loro intrinseca qualità ad esso godimento esclusivamente destinati, come pensa il Ducrocq. Ma tali non sono pressochè tutti gli edifici pubblici? Non è d'uso pubblico il palazzo del comune e della provincia, quelli dei ministeri? non l'edificio consecrato in perpetuo a scuola popolare? ad ospedale od ospizio? a caserma anche? quando però risulti che l'edificio sia adatto a tale uso non precariamente, ma stabilmente e in perpetuo? Pertanto, posto che dalla dizione della legge sia impossibile escludere ogni edificio comunque ed a qualunque uso pubblico destinato, è necessario inferire che essi edifici sono posti fuori di commercio, inalienabili, imprescrittibili finchè quell'uso pubblico dura. Quegli articoli li dicono, è vero, soltanto esenti dalle leggi di *medianza* coattiva e di distanze legali. Ma questa eccezione non può altrimenti intendersi senza il principio della inalienabilità e della imprescrittibilità, dacchè, se queste non convenissero agli edifici pubblici, non si comprenderebbe perchè dovessero andare dispensati dall'obbligo della coattiva comunione, obbligo che ha per ragione non solo la comodità dei fondi privati, ma la pubblica igiene e salubrità delle abitazioni.

Alla teoria degli edifici pubblici è connessa, anzi intimamente unita, quella dei monumenti pubblici, dei quali però si tratterà largamente più innanzi (1).

Che dee dirsi in ispecie de' tempii sacri (2)? Le ipotesi son le seguenti: 1° incommerciali perchè sante e a Dio consacrate; 2° in-

(1) V. art. 5, § 1, n. III. V. sulla demanialità de' monumenti TROPLONG, *Prescr.*, n. 169. DALLOZ, *Rép.*, v. *Monuments*, n. 10; e v. *Actions possess.*, n. 333 e seg.; e v. *Commune*, n. 2412 e seg.

(2) Vedi DUCROCQ, *Brochure sur les églises et autres édifices religieux*.

commerciali perchè pubbliche; 3° di privata proprietà; 4° della chiesa.

Il primo concetto si trova pure nel diritto romano (1), confermato nel diritto canonico, ed in questo riunito all'altro concetto del diritto di patronato nel costruttore o dotante della chiesa. Il concordato francese all'art. 12 dichiara le chiese (non i palazzi vescovili) fuori di commercio. Ma codesta finzione non trova più appoggio nel nostro diritto civile moderno, anzi è rifiutata dalla generale disposizione dell'articolo 425: « *I beni sono o dello Stato, o delle provincie, o dei comuni, o dei pubblici istituti ed altri corpi morali e dei privati* », e dell'altra dell'articolo 435: « *i beni non indicati ne' precedenti articoli appartengono ai privati* » e da tutta la enumerazione *de' beni relativamente alle persone cui appartengono*. E le leggi nostre di diritto pubblico ecclesiastico esclusero del pari codesta finzione, come or ora si vedrà.

Nemmeno fondata nel nostro diritto privato e pubblico è la ipotesi della proprietà nella chiesa universale sugli edifici destinati al culto cattolico, sia perchè alla chiesa universale non si trova nemmeno dalle antiche leggi attribuita personalità giuridica (2), sia perchè, anche ammessa codesta personalità, le mancherebbe il titolo a una proprietà su tutti gli edifici del culto, la potestà spirituale attribuendole una giurisdizione religiosa e spirituale, non un diritto patrimoniale sulle cose al culto inservienti. Opinione questa suffragata dalla giurisprudenza (3) anzi dalle leggi della così detta proprietà ecclesiastica, le quali, se eccettuarono dalla devoluzione al demanio *gli edifizi ad uso di culto*, il fecero in modo di eccezione e per soli quegli edifizi *che si conserveranno ad uso di culto* (4), e la giurisprudenza sulla base delle leggi ha sempre dichiarato la proprietà delle chiese appartenere a coloro cui la legge destinava i beni degli enti ecclesiastici soppressi, o da' quali essi beni fossero legittimamente acquistati (5).

---

(1) Gaio, II, 4, § 8, Inst. *de rer. div.*; L. 6, § 3, D. *de div. rer.*

(2) Taluno cita la legge di Costantino I. Cod. (I, 2).

(3) C. C. Torino, 18 aprile 1872 (*Annali*, V, 1, 198).

(4) Legge 7 luglio 1866 per la soppressione degli ordini e delle corporazioni religiose, art. 18. Legge 19 giugno 1873 per la estensione alla provincia di Roma delle leggi sulle corporazioni religiose e sulla conversione dei beni immobili degli enti morali ecclesiastici, art. 8.

(5) C. A. Firenze, 30 luglio 1869 (*Bettini*, XXI, 2, 511).

V'ha una dottrina e giurisprudenza che dichiara in genere le chiese parrocchiali di pubblica proprietà de' comuni (1).

Escluse le divisate due ipotesi, non rimane se non che la proprietà degli edifici destinati al culto, sia di privati, o di enti morali capaci di diritto, o dei comuni, o anche dello Stato secondo i titoli che ciascuno di questi possessori possa vantarvi o di legge, o di convenzione, o di prescrizione. Il solo fatto di avere a sue spese costruita una chiesa non basterà da solo a costituire il titolo capace di attribuire la proprietà, specialmente se avvenuto sotto l'impero di una legge che dichiarava fuori commercio, come cosa santa, il tempio. Quindi tutti gli edifici sacri che si trovavan tali al momento che si instaurava il diritto nuovo, dovettero rimanere per ragion di questo come beni vacanti. Per diritto francese divennero dunque beni dello Stato (2); per diritto italiano, come per l'antico classico, dovettero acquistarsi per occupazione. Quindi dapprima gli enti ancor non soppressi chè ne erano in possesso, e poi lo Stato e come legislatore e come successore di quelli ne furono i primi occupatori. Il legislatore quindi logicamente e giustamente ne dispose, conservandone alcuni al culto, altri devolvendone a persone pubblice e private insieme agli altri beni degli enti ecclesiastici che prima li possedevano.

Ne risulta che lo Stato o il comune o altro ente di pubblica ragione può divenir proprietario delle antiche chiese per le leggi di liquidazione dell'asse ecclesiastico, o delle nuove se vi abbia legittimo titolo. In questo caso codeste chiese, destinate all'uso pubblico, non solo saranno una proprietà nazionale o comunale, ma saranno altresì una proprietà demaniale perchè destinate ad uso e godimento effettivamente pubblico.

Ma di chi la proprietà della chiesa ancora conservata al culto? Certamente dello Stato, perchè la eccettuazione dalla devoluzione al demanio e dalla conversione non importa già rinuncia alla proprietà demaniale nel vero senso, ma alla proprietà solo come pa-

---

(1) Trib. di Mantova 20 luglio 1865 (*Legge*, II, 1875, 247 con nota illustrativa); C. di Napoli 8 marzo 1875 (*Gazz. proc.*; X, 105); Messina 11 ottobre 1870 (*Temi Zanclea*, I, 141); Catania 22 marzo 1870 (*Giurispr.* di Catania, I, 141); TROPLONG, n. 170 e 171; VUILLEFROY, *Traité de l'adm. du culte cath.* p. 303; PROUDHON, *Domaine publ.*, n. 335; *Contra*, Rivarolo, *Del governo della parrocchia*, n. 204-264.

(2) Cod. nap., art. 539.

trimoniale e ai conseguenti effetti di vendita e di conversione. O meglio l'ha conservata come demaniale.

*l)* Beni mobili. — Anche i beni mobili possono appartenere al demanio pubblico, se siano consacrati all'uso pubblico. Tali sono i quadri, le statue, i manoscritti, le medaglie, le stampe, i cimelii, che si conservano nelle gallerie, nei musei, nelle biblioteche pubbliche (1), nonchè le navi da guerra, le armi per la difesa dello Stato, i cavalli dell'esercito. Non certo i mobili destinati ad uso dei servizi pubblici, come le masserizie dei pubblici uffici. I caratteri della demanialità si ravvisano in que' primi non in questi secondi, cioè: proprietà dell'ente Stato o comune, uso pubblico, e questo stabile, popolare, effettivo.

*m)* Beni incorporali. — Demaniali possono essere anche dei diritti. Tali sono le servitù pubbliche, cioè stabilite da legge per pubblica utilità (2). Tali le servitù che riguardano il corso delle acque, i marciapiedi lungo i fiumi e canali navigabili o atti al trasporto, la costruzione o riparazione delle strade ed altre opere pubbliche. Tutto ciò che concerne questa specie di servitù viene determinato da leggi o da regolamenti speciali (3). Le più importanti servitù pubbliche sono imposte a profitto delle fortezze e piazze da guerra e riguardano i raggi di difesa, le zone militari, come quelle che impediscono ai proprietari dei fondi la costruzione a certe distanze (4): a profitto delle strade, sia ordinarie, sia specialmente ferrate, come quelle che pure obbligano a certe *estensioni* o distanze, a certi lavori sulle piantagioni o sui boschi, a soffrire estrazioni di ghiaia, ecc. (5): a profitto dei fiumi, come l'accennata servitù di marciapiedi, e della via alzaia; le servitù di transito pubblico sulle vie vicinali, ecc. (6).

Alle vere servitù debbono aggiungersi alcuni pesi od obblighi dei proprietarii di fondi per pubblica utilità, come il dover dare

---

(1) Foucart, *Droit adm.*, t. 2, n. 802, 803; Aubry e Rau, II, § 168, pag. 36 e seg.; Pacifici-Mazzoni, *Dist. de' beni*, n. 75; Persico, *Dir. amm.*, II, p. 9.

(2) Cod. civ., art. 533.

(3) Cod. civ., art. 534.

(4) V. Foucart, *Droit adm.*, t. 2, p. 42 e seg.

(5) Foucart, ivi, p. 330 e seg. Vedi, per le strade e pei fiumi, la legge sui lavori pubblici, 20 marzo 1865, all. *F*, art. 144 ed altrove: regolamento 1868. E legge sulle espropriazioni per causa di utilità pubblica, 25 giugno 1865, n. 2359, tit. 2, cap. 1, 2.

(6) Legge sui lavori pubblici, art. 19.

passaggio per studi, compilazioni di progetti, di soffrire occupazioni temporanee, passaggi per la esecuzione di lavori pubblici, chiedere permessi per l'*allineamento* delle fabbriche lunghesso le vie, ecc. (1).

*n)* DEMANIO DELLA CORONA. — È la parte di beni mobili ed immobili destinata all'uso del capo dello Stato. Esso fa parte dei beni nazionali, cioè dello Stato; il re non ne ha che quell'usufrutto speciale che gli attribuiscono la costituzione e le leggi. È talvolta confuso colla lista civile, ma più propriamente questa se ne distingue, perocchè tale è detto veramente l'assegno pecuniario sul bilancio dello Stato, mentre il demanio dicesi altrimenti *dotazione della corona* (2).

Ma se la dotazione della corona è proprietà dello Stato, appartiene essa al demanio nazionale propriamente detto, ovvero al patrimonio dello Stato? Generalmente si dà per demaniale, però inalienabile e imprescrittibile (3). Si dice esser parte del demanio dello Stato, e benchè destinato al godimento del re, tale uso potersi dire effettivamente pubblico, essendo il re il rappresentante e il capo della nazione.

Se la questione si ha da risolvere coi principî, essa rientra nella quistione degli edifici pubblici, perocchè i palazzi, le ville, i giardini reali sono destinati non a godimento del popolo, ma all'uso della sua suprema rappresentanza, a un servizio di governo. Se poi si fa ricorso alle leggi, lo statuto e il codice civile non avendo disposizione specifica che risolva la controversia, si deve ricorrere alle leggi speciali concernenti la lista civile e la dotazione della corona (4). Ma secondo quelle leggi i beni mobili della corona possono alienarsi a condizione che altri se ne surroghino, e gl'immobili ed oggetti d'arte possono alienarsi con legge del parlamento.

---

(1) V. PACIFICI-MAZZONI, *Servitù;* FOUCART, *Droit adm.*, t. 2, p. 320 e seg.: Legge sulle opere pubbliche (20 marzo 1865, all. *F*) e d. legge sulle espropriazioni per causa di utilità pubblica (25 giugno 1865).

(2) *Statuto*, art. 19.

(3) DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso*, vol. I, § 397; PERSICO, *Princ. dir. amm.*, vol. 2, pag. 14; FOUCART, t. 2, pag. 35. Il Persico cita di una decisione della cassazione di Parigi in data 10 agosto 1841.

(4) Per la dotazione della corona, legge 14 marzo 1865; 26 agosto 1868. — Per la lista civile, legge 16 marzo 1840; 24 giugno 1860; 10 agosto 1862; 5 febbraio 1868.

Non sono dunque inalienabili per natura, ma solo alienabili con certe forme come i patrimoniali.

*o)* DEMANIO DEI COMUNI E DELLE PROVINCIE. — Per la scienza del diritto è indifferente che una cosa appartenga al demanio dello Stato o di un comune. Non che si possa, a nostro modo d'intendere, dire col Proudhon (1) che il demanio municipale sia una frazione del demanio nazionale, perocchè essi sono invece specificamente distinti ed indipendenti, e solo può dirsi che i demanii municipali fanno parte della ricchezza nazionale, ma perchè la grandezza o l'importanza dell'ente pubblico non muta menomamente la natura nè gli effetti giuridici dell'istituto della demanialità. Ma il codice civile, che definisce per demanio pubblico i beni dello Stato (2), che li dichiara solennemente inalienabili (3), e abbastanza chiaramente imprescrittibili, escludendo la prescrizione de' beni fuori commercio, e ammettendola pei beni *solo patrimoniali* dello Stato (4), non fa similmente pei beni de' comuni e delle provincie. Per essi il codice afferma solo la distinzione in *beni di uso pubblico* e in patrimoniali (5), non li dice inalienabili, ma solo tali li fa supporre, affermando che le *condizioni dell'uso pubblico* e le *forme di alienazione dei beni patrimoniali* sono determinati da leggi speciali. Quanto alla prescrittibilità, non la fa nemmen supporre per l'articolo 2114, dichiarando in genere che lo Stato pei suoi beni patrimoniali e *tutti i corpi morali sono soggetti alla prescrizione*, nè v'ha dubbio che per corpi morali intendansi anche i comuni e le provincie come si intendono all'art. 2 dello stesso codice. E se nell'art. 2113 ha generalmente dato per imprescrittibili le cose che non sono in commercio, in niun altro luogo ha definito quali queste siano, nè può dirsi che siano fuori di commercio

(1) PROUDHON, *Domaine public.*, vol. I, p. 238, dove sono da notare molte altre inesattezze ed equivoci tra dominio esclusivo e dominio collettivo, tra lo Stato rappresentanza e lo Stato nazione, tra la sovranità e il potere soltanto legislativo, tra il patrimonio de' comuni e il demanio, al qual demanio non può applicarsi il detto della legge romana (L. 15, ff. *de V. S.*): «*bona civitatis abusive publica dicta sunt*», pronunziato a tutt'altro scopo, cioè a quello di distinguere i beni delle città da quelli del popolo romano, perchè le città non erano se non un'immagine della repubblica (tit. ff., *quod. cujusc. univ.*).

(2) Art. 427.

(3) Art. 430.

(4) Art. 2113 comb. col 2114.

(5) Art. 432.

tutte le cose inalienabili, e così pure le cose comunali di uso pubblico, perocchè la sola inalienabilità, secondochè si dimostrò a principio di questo articolo, non è il medesimo che extracommerciabilità, nè equivale ad essa se non congiunta appunto alla imprescrittibilità.

Tuttavia la ragione di analogia, di identità anzi, della ragione della legge milita sì forte per la demanialità delle cose di uso pubblico comunale e provinciale che essa fu ammessa per costante ed unanime giurisprudenza, nonostante la incertezza, l'ambiguità delle formule legislative, quasi interamente in questo punto di pubblici demani imperfetta. D'altronde la stessa consacrazione di una cosa all'uso pubblico si ritiene che equivalga ad essere sottratta, se non alla proprietà, al commercio: la imprescrittibilità se non equivalente alla inalienabilità esserne però una conseguenza, perocchè la prescrizione è specie d'involontaria alienazione « *alienare videtur qui patitur usucapi:* » la distinzione dell'art. 432 dei beni comunali e provinciali in beni di uso pubblico e patrimoniali, dacchè coincide per la seconda parte (patrimoniali) con quella dei beni dello Stato contenuta nell'art. 427, dover coincidervi anco per la prima parte e l'*uso pubblico* equivalere al *demanio pubblico;* che l'effetto dell'inalienabilità non era necessario ripetersi dalla legge, una volta che pel legislatore veniva da natura, cioè dall'*uso pubblico* medesimo: finalmente niente ostare che l'art. 2114 si legga in maniera da non far differenza fra Stato e comuni in quanto ai beni demaniali, potendosi intendere per questi ripetuta la parola *pei beni patrimoniali* che fu scritta per lo Stato.

I beni demaniali dei comuni ed anche delle provincie sogliono dividersi in demanio necessario e beni accidentali, distinzione che potrebbe applicarsi ancora ai demanii dello Stato, ma vien più particolarmente usata pe' beni comunali. Diconsi necessari quelli destinati a soddisfare una necessità veramente sociale, e senza cui non si dà convivenza civica: accidentali poi quelli, senza cui la vita civica può stare. Sono i primi le strade, le fogne, le acque, i cimiteri pubblici e simili e, nella ipotesi che siano demaniali, alcuni degli uffici destinati ad uso pubblico, come le chiese, le case degli uffici pubblici, gli ospedali, i musei e simili di cui sopra. Appartengono ai secondi principalmente i campi, i boschi destinati al pascolo, alla coltura o seminagione, al legnare, al ghiandare, allo spigolare del popolo, ovvero somiglianti diritti o usi stabiliti sopra fondi di privata proprietà a favore del pubblico. Sono questi i beni

che in parecchi luoghi diconsi con proprio nome demanii comunali, e hanno origine storica diversa (1) o dalle tradizioni del municipio romano o barbarico, o dalle concessioni feudali dei baroni e che pigliano nomi diversi, come *communeaux* in Francia (2), demanii *universali* nel Napoletano, *ademprivi*, diritti di *custorgio* nella Sardegna, il diritto di vangatico *(falciar canna)* nel Veneto, e che dettero luogo a leggi, procedure, competenze, regolamenti, come a quistioni e liti interminabili per le liquidazioni, affrancazioni e rivendicazioni, divisioni di tali diritti o beni, celeberrimi fra i quali la *sila* nelle Calabrie, il *tavogliere* nelle Puglie (3).

Discorrere le varie specie, le varie origini storiche, e risolvere le varie questioni che si agitano intorno a questi demanii comunali, è opera di particolari trattati. Qui si accennerà la principale e fondamentale controversia, se tali beni siano effettivamente e nel senso giuridico demaniali e ne godano le prerogative e gli effetti; se quindi, ammessa l'ipotesi affermativa, si differenzino e in che dai demanii *essenziali*.

V'ha chi afferma (4), e v'ha chi nega (5), senza però che la questione trovisi gran fatto studiata e discussa. Ma l'affermativa sentenza ci sembra più vera.

Fu sopra dimostrato per quali argomenti si abbia a ritenere che la distinzione tra beni di *uso pubblico* e *patrimoniali* del comune equivalga alla distinzione tra *demanio* e *patrimonio* dello Stato, e come quindi ai beni di uso pubblico vada applicato lo stesso regime della demanialità in generale. Fermo questo punto non rimane che una sola quistione: che abbiasi a intendere per beni di *uso pubblico*. Fu visto sopra a proposito della questione de' pubblici

---

(1) V. Cenni, *Studii di dir. pubbl.*, p. 119.

(2) Sui beni comunali vedere l'Henrion de Pansey.

(3) Vedi l'art. 16 della legge sul contenzioso amm. 20 marzo 1865, all. *E*. Cons. Varcasia, *Del possesso* ecc., p. 252. Vedi le relazioni delle commissioni in proposito.

(4) L. 20. D. *Si serv. vind.*; G. Rocco, *Corso di dir. amm.*, vol. I, lez. 16, 18; *Quist. di dir. amm.*, qu. I-XX; Dalloz, v. *Forêts*, n. 1706 e seg.; Meaume, *Des droits d'usages dans les forêts*, II, n. 699; Cons. di Stato fr. 7 maggio 1808; Cons. pref. Teramo 10 marzo 1868 (*Legge*, II, 1868, p. 191); Saredo (*Legge*, 1877, III, 147 e seg.). Vedi a pag. 425, nota 4.

(5) C. C. Roma 4 gennaio 1877, causa Pietrasanti e comune Bassiano (*Legge*, 1877, II, 152). Il Saredo la invoca come conforme alla sua tesi, ma evidentemente non è. Pacifici-Mazzoni, *Distinzione dei beni*, n. 81.

edifici che sia da pensarsi della distinzione fra l'uso pubblico e il servizio pubblico, e dell'altra fra la destinazione pubblica veniente da natura della cosa sì che, cessando quella destinazione, la cosa cambi natura, nè mutar possa l'uso senza subire una trasformazione, p. e. da strada diventi suolo pubblico: e quella che si dà a cosa per sè indifferente all'uso pubblico o privato in modo che, anche cambiata la destinazione e l'uso, la cosa rimanga la medesima come il teatro, il museo, l'ospedale, il bosco.

Le parole della legge non si prestano infatti ad alcuna distinzione. Esse non esigono che l'uso; senza ricercare da quale origine e causa provenga, se da natura della cosa nata o fatta, o da consuetudine o da legge, e se l'uso pubblico sia essenziale alla cosa medesima o accidentale. Anzi la disposizione che la *destinazione, il modo e le condizioni dell'uso pubblico* sono determinate da leggi speciali si estende più oltre che alla ipotesi di naturale e necessaria destinazione.

Se ad interpretare la legge odierna vorremmo ricorrere alla tradizione antica, troveremmo che indistinta era pure la definizione del diritto romano in ordine alle cose extracommerciali « *quas res vero natura, vel gentium jus vel mores, civitatis commercio exuerunt* (1).

Potrebbe domandarsi se l'art. 141 della legge comunale e provinciale avesse mutato codesto diritto generale e fatto cessare per disposizione legislativa la demanialità di tali cose, quando ha prescritto che « *I beni comunali debbono di regola essere dati in affitto. Nei casi però in cui lo richieda la condizione speciale dei luoghi, il consiglio comunale potrà ammettere la generalità degli abitanti del comune a continuare il godimento in natura del prodotto de' suoi beni, ma dovrà formare un regolamento per determinare le condizioni dell'uso ed alligarlo al pagamento di un corrispettivo* ». E allo stesso effetto par che tendessero le varie leggi degli Stati italiani che autorizzavano le affrancazioni dalle servitù o diritti di pascere, come ad esempio la legge pontificia del 29 dicembre 1849, disponendo che quando tali diritti spettassero agli abitanti di un comune, il corrispettivo o indennità da pagarsi dall'affrancante avesse a consistere in una quota di terreno da de-

(1) L. 34, § 1, D. *de contro empt.;* GAIO, *Comm.*, II, 2. V. C. C. Roma in causa comune di Monterotondo e principe di Piombino.

stinarsi poscia all'uso dei cittadini, cioè ad uso di pastorizia o di agricoltura. La disposizione dell'art. 141 è generalmente intesa nel senso dei beni patrimoniali, appunto perchè l'affitto, come l'alienazione, non consuonerebbe colla demanialità (1). A noi non pare. La disposizione parla dei beni comunali in generale, e i demanii comunali son pur beni comunali. E il dire poi che il comune potrà ammettere la generalità degli abitanti a *continuare il godimento* in natura del prodotto de' suoi beni s'aggiusta meglio col presupposto di beni di uso pubblico che di patrimoniali. Ciò vuol dire che al legislatore moderno non aggradano di così fatti demanii, perchè la sapienza economica dimostra le terre più fruttifere in mano della privata industria che di comunità, più produttive libere che gravate di vincoli e di servitù. Pur non li abolì del tutto, poichè pur li permise nei casi *in cui lo richieda la condizione speciale dei luoghi,* e coll'autorità del consiglio e con un regolamento e mediante il pagamento di *un corrispettivo.* Le leggi anteriori poi, come la citata pontificia del 1849, mentre pure intesero all'affrancazione delle private proprietà, conservarono i diritti civici col trasferirli sopra una minor quantità di terre, che fosse a un tempo in proprietà e in uso del comune, compensando così la estensione della terra colla intensità del diritto. Vedi le leggi 1887, 1888 sulle affrancazioni.

*p)* PATRIMONIO PUBBLICO. — Fu chi disse che anche il patrimonio dello Stato è una ragione di proprietà che si differisce da quella privata. E per essere conseguente, ne trasse che anche le proprietà degli enti morali quali che fossero non s'avessero a confondere coi dei dominii particolari. A questo conduce il vezzo delle distinzioni e il volere alla natura dei diritti far risalire la differenza delle modalità. Ma se è vero che il patrimonio non è per natura una cosa diversa dal demanio, è più vero ancora che il patrimonio dello Stato, dei comuni, degli enti morali da quello dei privati non si divaria. La differenza di regime giuridico-amministrativo, *ob publicam utilitatem* introdotta, non tocca per nulla l'indole e la teoria della proprietà in sè considerata.

Il patrimonio pubblico, detto impropriamente dai francesi e nella pratica di Stato *demanio,* si compone di tutte le differenti specie di beni onde si compone il patrimonio privato. Ha cose corporali,

(1) Autorità citate: SAREDO e C. cassazione 4 gennaio 1877.

mobili (1) e immobili: ha cose incorporali cioè diritti ed azioni. Tra le immobili principalmente sono le foreste dello Stato, che esso tiene a modello di coltura silvana, a scopo di costruzioni navali, o a fine di pubblica salubrità. Al patrimonio ricadono le fortezze e piazze da guerra abbandonate; al patrimonio appartengono le accessioni dei fiumi, cioè le isole (2), le eredità vacanti (3), i beni vacanti (4), i rifiuti del mare *(épaves)* (5), le confische, le saline ed altri stabilimenti od opifici dello Stato o del comune: i prodotti delle imposte, che sono beni patrimoniali, tuttochè il diritto stesso di levar l'imposta in sè considerato sia demaniale, anzi giurisdizionale dello Stato o del comune o della provincia (6). Il simile dicasi del prodotto dei monopolii. Le suppellettili de' pubblici stabilimenti, tuttochè destinate ad un servizio di pubblica amministrazione, sono cose del patrimonio, perchè incapaci di una stabile e perpetua consacrazione ad uso pubblico. Il simile dicasi degli edifici addetti a un servizio dello Stato o del comune, ma non creati da legge, nè in perpetuo destinati dall'autorità pubblica all'uso universale. I diritti di caccia nelle foreste dello Stato, di pesca nei fiumi dello Stato, di pedaggio sulle strade o sui ponti pubblici, sono tra le cose incorporali del patrimonio pubblico, quando non sono riservati ai cittadini, e comunque si esercitino su cose demaniali come i fiumi e le vie pubbliche.

### ART. 4. — *Rapporti tra la pubblica e la privata proprietà.*

La proprietà pubblica di vero demanio, distaccandosi quasi dal commercio delle proprietà private, non può a meno di conservare con esse rapporti. Che anzi, destinata per sua natura ad uso di tutti e quindi a recare utilità a persone singole e cose private, la sua medesima indole presuppone rapporti con esse. Quali sono codesti

(1) Vedine la classificazione in DUCROCQ, *Droit adm.*, II, 846; LAURENT, *Princ.*, VI, 38.

(2) LAURENT, VI, 48.

(3) Art. 758 C. C. (fr. 768).

(4) Cod. fr. 539, 713.

(5) Cod. it., art. 719. In Francia v. Ordinanza 1681 e L. 31 gennaio 1833 (DUCROCQ, *Droit adm.*, II, 848).

(6) *Contra*, Cass. Palermo 13 febbraio 1875 (*Legge*, II, 1875, 167). Vedi più innanzi, art. 5, § 3.

rapporti? Di qual natura giuridica è quell'uso pubblico riferito alle cose e persone singolari cui serve? E qui incontriamo uno dei più delicati ed ardui problemi in cui si travaglia la dottrina e donde dipende la soluzione di questioni tanto sin oggi, ed oggi più che mai disputate e variamente decise nel fòro, massime quella se e sino a qual punto possa lo Stato, il comune variare lo stato della pubblica proprietà in raffronto ai privati e questi vantare diritti contro e per causa di tali variazioni. E della difficoltà della controversia e della varietà dei sistemi e delle decisioni è causa il ritornare e il ricapitolarsi in quella le questioni e i concetti fondamentali della scienza del diritto e della socialità, la idea dello Stato e della comunanza civile, la potenza sua e i limiti suoi rimpetto ai cittadini consociati, la nozione e la definizione della proprietà pubblica e la sua funzione nella economia sociale.

Il tema della questione cade sugli usi pubblici delle cose demaniali, usi che, riferiti alla comunanza *civica* o comunale, si chiamano *usi* o *diritti civici*, e gli è ad occasione di questi che la questione più sovente viene in campo, benchè a tutte generalmente le cose demaniali si possa riferire. E la ragione sta in ciò che nei demanii civici l'utilità dei singoli è più ristretta ed intensa e immediata che nei demanii provinciali o statuali, e più piglia forma di diritto independente e personale, e tra i demanii civici poi più dànno luogo alla questione quelli che si chiamano *accidentali*, come i boschi, i campi, e infine nei demanii essenziali medesimi maggiormente ferve la controversia per quelli degli usi che non a tutti cittadini e abitanti son comuni, ma a quelli solo appartengono che hanno fondi in contatto e rapporto colla proprietà pubblica, come i proprietarii degli edifici che fronteggian la via o dei fondi che sono lungo i margini dei fiumi.

Astraendo per ora dalla specie, e trattando in generale la questione, incominciamo dal rassegnare tutte le ipotesi.

Può in prima concepirsi l'uso civico nelle persone dei godenti come cosa di puro fatto, una mera comodità, utilità, scevra di diritto, rimanendo tutto il diritto nella comunità stessa, come la proprietà. O se si vuol dire che un diritto spetta ai cittadini, spetta *uti universi*. La privata persona è il soggetto dell'utilità non del diritto: relativamente al suo patrimonio, l'uso viene *magis ex occasione quam ex jure* (1). Onde deriva che il singolo non può far

(1) L. 2 C. *de riv.*

valere codesta facoltà, esso non ha alcuna azione per proteggerla, massimamente contro la università stessa (1). Il soggetto infatti della proprietà, può dirsi, non può esser distinto da quello dell'uso; l'uso è una facoltà della proprietà; staccata per un tempo la lascia sussistere, ma per sempre la distruggerebbe. Ora, se tutta e per sempre l'utilità si considerasse come inerente alle persone singole, la proprietà, che indubbiamente è dell'università stessa, cioè dell'ente, si ridurrebbe a nome vano. Però, essendo la proprietà pubblica appunto come tale destinata all'uso pubblico, l'uso dei singoli costituisce lo scopo utile del diritto che è nella università, ma il diritto è in questa. È essa che deve farlo valere e proteggerlo contro tutte le usurpazioni e contro tutti i danneggiamenti. La tutela giuridica affidata ai singoli indurrebbe confusione e turbamento nello stesso uso pubblico. Si può dire: il diritto vero dell'uso, come della proprietà, è nel corpo; nel singolo è la *partecipazione* dell'uso. L'università sola è buon giudice di quel che all'uso pubblico nuoce o giova: esso dev'essere estimato in rapporto a tutti gl'interessi e agl'interessi di tutti, anzi non consiste se non nella giusta proporzione e ripartizione di tali interessi. Se un tempo la tutela degli usi pubblici potè essere lasciata ai *singuli* del popolo, come negl'interdetti, come nelle azioni popolari, ciò potè avvenire perchè l'interesse pubblico non aveva ancora organi perfetti che lo rappresentassero; potè esser fatto anzi e potè farsi perchè al privato si cede parte della difesa della cosa pubblica, e avviene così che egli, pur perseguendo un interesse privato, vendica un uso pubblico, ma il fa *procuratorio nomine* (2). Oggi, mutate le circostanze sociali, perfezionati gli organi rappresentativi dell'interesse pubblico, non dev'esserci che un solo diritto, una sola tutela, e questa nell'organo stesso della pubblica autorità.

Ma molti altri scrittori e tribunali sostennero un diritto nei singoli sulle cose demaniali. Sia pure che codesto diritto provenga loro non da contratto o quasi, ma dall'esser cittadini, *jure quodam civico* (3), sia pure che non aumenti il loro patrimonio e non si

---

(1) C. A. Torino 20 maggio 1863 (*Bettini,* xv, 2, 247); C. A Firenze 11 luglio 1863 (*Bettini,* xv, 2, 50); C. C. Torino 20 marzo 1868 (*Bettini,* xx, 1, 281).

(2) V. su ciò i lavori del Buns e del Brienz e la rivista pel prof. V. Scialoia nell'*Archivio giuridico.*

(3) Ulp., L. 2, ff. *ne quid in loc. publ.*

commerci e non si erediti, certo che un diritto vi è, cioè facoltà avente natura giuridica. Lo stesso interesse che ha il privato si converte in diritto, perchè assistito da leggi e da regolamenti. Nè varrebbe che questo interesse non fosse assistito da azione civile, e dovesse esser vendicato dalla pubblica autorità. Sarebbe un difetto o una specialità nella tutela del diritto *«ob publicam utilitatem»*, sarebbe una commutazione fatta dalla privata alla pubblica azione, ma non potrebbe inferirsene difetto d'ogni facoltà giuridica nelle persone dei privati per rapporto agli usi civici. Ad ogni modo non è vero che son questi destituiti d'azione, e gl'interdetti proibitorii e restitutorii e le azioni popolari lo provano (1). Nè è da dire che le azioni popolari fossero, almen tutte, *procuratorio nomine* esercitate da privati. La formula della condanna e l'applicazione del compendio della pena al privato escludono questa ipotesi. Il privato attore perseguiva un suo e proprio interesse, oltre il pubblico, anzi questo solo indirettamente, direttamente il proprio (2).

Il codice francese del resto espressamente annuncia un diritto dei cittadini, dacchè definisce i demanii comunali appunto per essere quelli cui gli abitanti di un comune han diritto (3).

Ma di qual natura, si domandano cotesti autori, sono codesti diritti? E qui subalterna varietà di opinioni. Avvi chi, come il Proudhon (4) e il Béchard, lo dice un diritto di uso, ossia servitù personale, regolata dalle leggi e dai regolamenti di polizia, che si acquista e dura coll'essere abitante di un comune o cittadino di uno Stato. In verità, si dice, codesto diritto scaturisce dalla natura della cosa demaniale, cioè dalla destinazione ad uso pubblico. Il demanio, comecchè inalienabile, incapace di esser sottoposto ad ipoteca, a servitù ed altri diritti privati, non può per natura sua

---

(1) Leg. 11, Cod. *de serv. et aqua* (III, 34): *«uti via publica nemo recte prohibetur*; L. 1, ff. *ne quid in loc. publ.*; L. 2, pr. et § 3, 4 (XLIII, 8) *ne quid in loc. publ.*: *«Ne quid in loco publico facias, inve eum locum immitas, praeterquam quod lege, senatusconsulto decretoque principis permissum est»*. E al § 11: *«Damnum autem pati videtur qui commodum amittit qualecumque ex publico consequebatur... ut si minus luminis insula tua habeat.... aut si cui aditus deterior aut angustior fiat»*; et § 9 ibid.; L. 13 ff. *de injur.*; L. 24 pr. *de damno infecto.*

(2) V. SCIALOIA, loc. cit.

(3) Art. 562 cod. fr.

(4) PROUDHON, *Domaine public*, vol. I, p. 20.

non essere soggetto al diritto di uso dei singoli cittadini. E i testi romani, sopra allegati, si citano appunto a questo proposito. Che cosa sono i diritti di transito sulle vie pubbliche, di navigazione o di pesca sui fiumi pubblici, di pascere o legnare nei boschi, di seminare nei campi pubblici, o di attingere acqua alle pubbliche fontane, se non diritti di godere e di usare delle cose demaniali?

Avvi al contrario cui arride più il concetto di servitù reale o prediale, come il Cotelle, il Laurent, il Proudhon stesso che indica la ipotesi di servitù personale, ma altrove esprime e più largamente svolge la tesi della servitù prediale (1). E la prova col ragionamento: dacchè la strada pubblica è destinata al passaggio di tutti e più specialmente al comodo degli edifici circostanti, è soggetta a servitù verso di questi. Questa servitù viene dalla natura della strada ed altresì da leggi e da regolamenti, ha il suo titolo, che è il permesso di *allineamento*, un *quasi contratto*, fondato sulla tacita annuenza delle parti, anzi vero contratto, e a titolo oneroso, perchè reca in complesso obblighi e pesi, come un tempo lo spazzare e il mantenere la strada secondo la disposizione della leg. unic., § 3, ff. *de via publ.* Ha, può aggiungersi, un fondo serviente, il suolo pubblico: uno dominante, la casa o il fondo latistante.

In appoggio del ragionamento si citano le leggi romane; i testi infatti citati di sopra provano un diritto sulla cosa, che i privati hanno, e garantito da azione, tendente al risarcimento di danni causati al fondo per fatti eseguiti sul pubblico suolo, il che suppone un diritto sopra di questo, che altro non può essere se non un diritto reale, cioè una servitù.

Si aggiungono le leggi moderne: l'art. 640 del codice Napoleone (536 cod. ital.), che concerne la servitù dei fondi inferiori a ricevere acqua dai più elevati, applicabile al suolo delle strade in rapporto alle case; l'art. 681 del codice francese (591 ital.) che obbliga i proprietari delle case a costruire i tetti in maniera che le acque piovane scolino sul loro terreno o sulla via pubblica in conformità delle leggi e regolamenti, e non mai sul fondo del vicino; il che significa che la via pubblica è soggetta a tal servitù di scolo cui non sono soggetti i fondi privati; l'articolo 678 (587 cod. it.)

(1) *Domaine publ.*, I, § 369. Altri ivi citati. V. pure Cassaz. Napoli 18 giugno 1872 (*Legge*, XII, 1137); il ch. Lozzi (*Racc. giur. ital.*, 1852, 2, 453).

che importa il diritto di aprir vedute dirette o finestre sulla via pubblica ed anche sul privato quando v'è di mezzo quella; l'articolo 572 che dispensa i muri confinanti colle vie o piazze pubbliche da quelle distanze, senza le quali il vicino può render comune il muro dell'altro. E si può aggiungere la servitù del passaggio e acquedotto necessario stabilita dagli articoli 592, 593, 598 e 601 del codice italiano (682 cod. Nap.), diritto che non dee disdirsi sul pubblico suolo più che sul fondo di altrui proprietà (1).

Questa teoria di un diritto reale dei privati sulle vie e piazze e siti pubblici è temperata da alcuni con una distinzione. Altro, dicono questi, è il diritto di transito e simili di tutti i cittadini sul suolo pubblico, altro è quello che vi hanno certi de' cittadini a condizione e per effetto di possedere fondi latistanti, e sono i diritti di accesso, adito ai fondi, sia case, sia campi, di avervi finestre e luce, condotti o canali per condurne o smaltirne le acque casalinghe e i rifiuti, nonchè di appoggiare sul ciglio delle vie le medesime costruzioni. I diritti di primo genere, comuni a tutti i cittadini e anche per cortesia *(jure quodam gentium* o *ratione humanae societatis)* (2) ai forestieri, non sono servitù anzi nemmeno veri diritti patrimoniali, sono *usi* o *comodità* civiche poste soltanto sotto la tutela del diritto pubblico, dipendenti esclusivamente dalla moderazione dell'autorità e solo da essa protetti e tutelati.

Non così del secondo genere di diritti, perocchè questi non sorgono dal solo titolo della cittadinanza, epperò non sono a tutti comuni, ma nascono dalla contiguità dei fondi privati coi pubblici, e non sono che proprii dei possessori di questi, s'incorporano col lor patrimonio, aumentando il valore del fondo di cui sono accessorii e parti indispensabili (3). Nulla pertanto manca a questi usi per essere veri diritti, assistiti da leggi, da regolamenti, forniti di azione civile, sia verso i privati sia verso l'amministrazione medesima, per costringerli a rispettarli, o, se offesi, a ripararli.

Questo medesimo sistema che applica agli usi dei frontisti o rivieraschi il carattere di veri diritti o servitù, a differenza degli

---

(1) C. C. Parigi 11 febbraio 1828; Consiglio di Stato fr. 20 novembre 1818 ed altre autorità citate dal PROUDHON, tom. II, n. 570, pag. 343, 344 e seg.

(2) S. Tommaso.

(3) FOUCART, *Dr. adm.*, tom. II, p. 304.

usi onde godono tutti i cittadini indistintamente, è esteso da alcuni autori agli usi popolari sopra i demanii così detti *accidentali*. Quantunque tali usi, di legnare, pascere, seminare in fondi di comuni o di privati non possano considerarsi come vere servitù prediali, non essendo dati a favor dei fondi ma sol delle persone, non pertanto essi hanno a ritenersi, si dice, come vere servitù personali, ovvero anomale, a differenza degli usi generali sui demanii *necessari*, per la ragione che essi non sono comunicabili a tutti anche gli stranieri, ma ristretti solo a una popolazione, o agli abitanti di un certo comune, e consistono in certe utilità che avvantaggiano il patrimonio privato. In guisa che questi diritti i cittadini esercitano veramente *uti singuli, non uti universi* (1).

Procedendo innanzi nella rassegna dei sistemi e delle ipotesi, incontriamo logicamente quella che negli usi civici meglio che una servitù riconosce un diritto demaniale, cioè di proprietà o di comproprietà, *jus in re propria*, non *in re aliena*. Il concetto generatore di questo sistema si può trovare nello stesso concetto della demanialità o destinazione della cosa ad uso pubblico. I cittadini si uniscono, conferiscono ciascuno una parte della zona occupata, o l'acquistano a spese comuni per lasciarla all'uso di tutti, sottraendola al commercio, rendendola inalienabile e imprescrittibile; questo uso è dunque discendente dalla proprietà. La proprietà è del comune, l'uso dei comunisti, ma l'una cosa è in sostanza l'altra. Il cittadino, che passa sulla via pubblica, vi passa come parte di quella università che è la proprietaria della strada: vi passa dunque a titolo di proprietà. Non si può disgiungere l'uso dei singoli dalla proprietà demaniale, perchè questa in tanto è tale, in quanto serve all'uso dei singoli (2). Nè osta alla perfetta natura di diritto che i *jura civitatis* si modifichino secondo i regolamenti e le disposizioni che fa della cosa pubblica la competente autorità, perchè i diritti incarnati una volta in quella forma che piacque darvi alla pubblica autorità per l'interesse generale si sostanziano e si determinano in essa, onde non si possono più alterare senza lederli e senza doverli rendere indenni (3).

---

(1) V. Cenni, *Studii di dir. pubbl.*, pag. 203.

(2) Si può vedere il Cenni, *Studii di diritto pubbl.*, pag. 97, 120, 137, 157 *et passim*.

(3) Cenni, op. cit., pag. 180.

A questa teoria può ridursi, come una varia forma, il concetto di una società, pel quale i cittadini userebbero della cosa demaniale come di un fondo sociale, sottratta soltanto l'alienazione e la divisione per la perennità della società stessa.

A questo medesimo sistema può applicarsi la suddistinzione già accennata in rapporto all'altro della *servitù*, cioè fra gli usi generali sui demanii essenziali, e gli usi sia speciali sopra i demanii stessi sia popolari sui demanii accidentali. Le medesime ragioni sopra accennate persuaderebbero codesta suddistinzione anche a proposito del sistema ora esposto. Questi sarebbero servitù, quelli società o comunione.

V'ha pure la ipotesi d'un quasi contratto. Si applica ai soli usi dei frontisti sulla via e altri luoghi pubblici. Ma codesto quasi contratto non sarebbe che il titolo di una servitù e così questo sistema rientra in quello già esposto.

L'ultima ipotesi finalmente sulla natura giuridica degli usi civici sarebbe quella di un diritto, veramente tale, ma *sui generis*, differente dalla servitù sia personale, sia reale, e dalla proprietà, anzi differente da ogni ragione di diritto privato, competente ai singoli cittadini, in quanto tali, ma *jure publico civitatis* (1). E s'invocano, come dagli altri, così dai fautori di questa opinione, i testi altrove citati delle fonti romane.

Divisate tutte le possibili ipotesi, veniamo a dire il nostro parere sulla difficile ed elegante quistione. Procediamo prima per analisi dei sistemi: tratteremo poi la tesi speculativamente.

Pare in prima a noi doversi ravvisare negli usi civici non un mero rapporto di fatto, ma di diritto tra gli utenti, cioè i cittadini, e la cosa usata, cioè il fondo demaniale soggetto ad uso pubblico immediato. Se la cosa è demaniale, cioè per leggi, regolamenti, decreto dell'autorità destinata ad uso pubblico, quest'uso non è una semplice comodità, è un diritto nei soggetti veri attivi di codesto uso, cioè nei cittadini. È chiaro che negandosi a tutti o ad alcuni l'uso della cosa sinch'è demaniale si farebbe un *torto*, si lederebbe un *diritto*. Il concetto di ridurre gli usi civici a pura comodità, utilità *sine jure*, condurrebbe all'arbitrio, alla libertà e impunità dello spogliamento, o venisse dal lato dell'amministrazione pubblica,

---

(1) CENNI, op. cit., p. 157; Decis. trib. Potenza, 18 ottobre 1876 ed altre (*Legge*, III, 3, 351 e XIII, 3, 217).

o da quello di un altro privato. Il solo fatto che altri non possa impunemente togliermi il comodo che mi viene dalla cosa pubblica dà a questo comodo natura di diritto. Non si può dire altrettanto di una comodità che mi ridondasse dalla cosa di un privato.

Ma se l'uso civico è un diritto, è anche diritto personale. Che esso venga dal titolo della cittadinanza, e sia moderato dalle leggi e dai regolamenti di amministrazione pubblica, e stia sotto la protezione del diritto oggettivo pubblico, non vuol dire punto che il diritto civico sia meramente pubblico (1). « *Ius privatum sub tutela iuris publici latet* ». Anche i diritti politici son diritti; così i *civici;* quelli competono a' membri della società politica, questi della comunale o provinciale o nazionale. In altri termini, il rapporto, dicasi pure di diritto pubblico, è di quella specie che noi dicemmo altrove diritto civile speciale, cioè diritto comune modificato *ob publiçam utilitatem,* pubblico *ratione materiæ* non *ratione personæ.*

Il dire che competono ai cittadini *uti universis* e non *uti singulis,* è per lo meno un'inesattezza di linguaggio o un malo intendimento d'un linguaggio vero. Se per *universi* s'intende la universalità tutt'assieme (che è il senso classico della parola), non è vero che il diritto civico, di transito, sulla via pubblica, di pigliare acqua alla pubblica fonte, e, peggio, di avere accesso, luce e altri comodi sul pubblico suolo competa all'università: compete anche all'universalità, cioè ai singoli (2). L'università, ente, o la universalità, astrazione, è perfino incapace di usare, di godere; la universalità concreta sono i cittadini, le persone, i singoli.

E benchè negar non si possa che non vi sia diritto senza azione, e quindi un diritto privato senza azione parimente privata, nemmeno è da disdire che un'azione protegga questi usi pubblici nelle persone dei cittadini stessi. Legittimo e personale interesse vi ha certo, il quale se da per sè non basta a dare azione o eccezione, ma sol ne è un presupposto (3), tuttavia la produce quando vi concorrono certi altri requisiti, cioè una qualità d'interesse certo e determinato e avente immediata attinenza colla proprietà e col patrimonio, e, come compendio o risultato di tutti i requisiti, la mente della legge di attribuire un diritto ai privati. Sotto questo aspetto,

(1) Vedi cap. XIV, art. 2.
(2) Vedi cap. IX, p. 112 e seg.
(3) Art. 36 cod. proc. civ.

cioè dell'azione emanante da leggi e regolamenti di pubblica amministrazione, fu già altrove (1) toccata la questione. E fu visto che, in fatto di cose demaniali e di usi civici, e di osservanza di regolamenti che li riguardano non potevasi negare che azione civile competa (2).

La stessa legge o l'atto qualunque di destinazione a pubblico servizio, i regolamenti che specificano le modalità e le condizioni dell'uso, la stessa distinzione tra beni patrimoniali e di uso pubblico enunciata nel codice civile dimostrano la volontà della legge di consecrare codesti usi giuridicamente.

Che i diritti civici, come le cose demaniali sulle quali si versano, dipendano dalla moderazione dell'autorità che li modifica secondo gl'intenti d'interesse generale, e secondo il variare delle contingenze sociali, coordinando i varii interessi in un tutto armonico, non toglie che un diritto essenziale e sostanziale ci sia, il quale, pur rimanendo sotto la tutela pubblica in quanto pubblico e di tutti, porga eziandio una garanzia privata in quanto è di ciascuno.

Nè manca la prova storica di questa verità. Gl'interdetti e le azioni popolari del diritto romano mostrano che per gli usi civici si può dare azione civile e si dava (3). L'interdetto, quando si dava per le cose pubbliche, tutelava un interesse pubblico nel privato. L'azione popolare sia pur che non fosse data sempre a proprio nome, anzi il più delle volte fosse data *procuratorio nomine*, certamente non sempre lo era *procuratorio nomine*, e la condanna si faceva nell'interesse diretto dell'attore specialmente negl'interdetti, nei quali appunto si risarciva un danno privato: onde non è vero sempre che l'azione popolare sia indizio ed effetto d'imperfetta rappresentanza dell'interesse pubblico, avendo la sua ragione nell'es-

(1) Citato cap. IX, p. 112 e seg.

(2) Negarono azione privata per l'osservanza di leggi e regolamenti amministrativi e rivendicazioni di cose pubbliche: C. C. Torino 15 luglio 1871, 24 luglio 1872, 26 giugno 1874 (*Giur. ital.*, XI, 649). SCIALOIA, *Giud. sulle az. poss.*, n. 688; VOLPICELLI, *Comp. amm.*, n. 519 e 520; C. C. Torino 15 aprile 1879 (*Gazz. trib. mil.*, VIII, 122); C. C. Firenze 24 luglio 1874 a proposito degli articoli 165, 169 della legge sulle opere pubbliche; MANTELLINI, *Conflitti*, III, p. 55, 58, 63 al 66, 100 e *Lo Stato e il codice civile*, I, 128, nota.

(3) Tot. tit. D. *de pop. act.*; L. 5 D. *de his qui effud.*, L. ult. D. *de coll. deteg.*; L. 3 D. *de homin lib. exib;* L. 24 D. *de proc.*; L. 5 D. *de nuncup. nov. op.* Tot. tit. D. *de itin. publ.: de via publ.: ne quid in loc. publ.: ne quid in loc. sacr.*, *de cloacis* etc.

senza del diritto che proteggeva. Ciò poteasi dire forse dell'azione popolare legale dove la forma della condanna era « *in publicum damnas esto* (1) », cioè nell'azione *ex delicto, quæ suum jus populo tueatur* (2), dell'azione *de sepulchro violato,* del *positum et suspensum,* ecc., ma non dell'azione popolare pretoria, quali gli interdetti (3) che riguardavano appunto le cose pubbliche e gli usi civici, e che diventavano azioni private quando eran dirette principalmente all'interesse privato (4), tanto che vi si ammetteva il pupillo, ordinariamente escluso dall'esercizio delle azioni popolari, quando *luminibus ejus officiatur vel prospectui obsit* (5).

Non è quindi da dire che, mutando le condizioni sociali e di Stato, e meglio formati gli organi del diritto pubblico, sia cessata ogni ragione d'essere dell'azione popolare per gl'interessi generali. Ciò può esser vero quando si tratti d'interessi indiretti, vaghi, ove uno non ha più diritto che un altro qualunque *de populo,* non quando l'interesse assume carattere personale, patrimoniale, e una legge o un regolamento lo guarentisca. Anche in diritto romano se altri era impedito di passare sulla pubblica via o di condursi al bagno, non avea interdetto o azione altra che quella *injuriarum,* perocchè non era offeso in un interesse patrimoniale, ma solo nella dignità e nella libertà della persona (6). Ma se alla tua finestra veniva tolta o riparata la luce o l'aria, o l'accesso reso più angusto e deteriore per fatto di chicchessia, si dava l'interdetto.

Certo, non si darà oggi azione a un privato perchè sian riparate o ben tenute le fortezze, o le porte e le mura della città e nemmeno le strade o le cloache pubbliche, perchè l'interesse privato è qui indiretto, e lo stato delle cose demaniali e quindi degli usi pubblici è quale l'autorità vuol che sia nelle vedute di pubblica

---

(1) Vedi il lavoro di C. G. BRUNS sulle azioni popolari romane nella *Zeitschrift für Rechtsgeschichte,* vol. 3, p. 381-415, anno 1864, o nei *Kleinere Schriften* von C. G. BRUNS, Weimar, 1881. Vedine pure la dotta recensione del prof. V. SCIALOIA nell'*Arch. giurid.,* XXVIII, 166. La esistenza di azioni popolari, *nomine proprio,* in confronto colle procuratorie, combattuta dal Brinz, è riconosciuta dal Jhering, Maynz, Bethmann-Hollweg, Kuntze e Arndts-Serafini.

(2) L. 4, 7, tit. 43; L. 1 D. *de poss. ret.;* L. 3, § 4. D. *de nov. op. nunc.*

(3) V. *Arch., giur.,* XVIII. 231.

(4) L. 42 D. *de procur.*

(5) L. 3 D. *de nunc. nov. op.*

(6) L. 13 ff. *de injur.*

utilità di cui essa sola è arbitra. Ma se trascurando l'autorità di mantenere o rivendicare la via pubblica, il pascolo pubblico, un privato l'occupi o l'usurpi o l'impedisca comecchessia, chi negherà un'azione civile a ogni particolare che ne sia danneggiato? Non vi sarà più interdetto *de via publica reficienda, ne quid in flumine vel in itinere publico fiat*, ma vi sarà azione di danni, azione di manutenzione o reintegrazione in possesso; perchè è danno ogni privazione di comodo *quod ex publico consequebatur* (1). Non è più azione popolare nel senso e per lo scopo antico di tutelare un interesse pubblico nel vendicare il privato, o nel proteggere al tutto un interesse pubblico, ma nel senso materiale che si dà a chiunque della comunità che sia danneggiato per la perturbazione illegittima degli usi pubblici (2).

Lasciamo la grave disputa se anche nei diritti odierni si consentano azioni popolari nel modo antico, disputa nella quale recentemente Jhering sostenne l'affermativa opinione (3), combattuta poi dall'Arndts (4). Come pure lasciamo l'altra controversia di diritto costituendo, se l'azione popolare sia ormai più consentanea ai tempi, alle condizioni sociali di oggi, e ai sistemi di diritto imperanti (5). Ma la disputa principale verte più sulla natura specifica e tecnica dell'azione popolare in quanto tale, piuttosto che sul suo contenuto o scopo reale. Nel qual senso diceva già il Voet che nei costumi olandesi il privato non poteva sperimentar l'azione popolare in quanto tale, ma sì nel privato interesse (6), e il De Luca ammetteva l'esercizio pratico dell'azione possessoria (7). Ammettasi pure che vera azione popolare oggi non si dia, segnatamente per la os-

---

(1) L. 2, § 11, 12 ff. *ne quid in loc. publ.*

(2) *Contra* C. C. Roma, causa comune di Massafra 16 aprile 1880 (*Riv. amm.*, 1880, p. 501).

(3) Lotta, p. 4.

(4) Pandette, p. 100.

(5) Vedi supr., loc. cit. Agli esempi di azione popolare odierna è aggiunta quella per le *opere pie* 17 luglio 1890, n. 6972, art. 82; quella che viene dalla legge forestale 20 giugno 1877, che dà ai municipii la rappresentanza in giudizio e nei contratti dei diritti di *uso popolari*, e soggiunge: « È riservato in ogni caso ai singoli utenti la facoltà di far valere *direttamente* i loro diritti ». Vedi causa Rosi e Serafini, sentenza tribunale Ascoli 10 luglio 1885. Conf. Lucchini, Codacci Pisanelli.

(6) Voet, tit. *de pop. act.*

(7) De Luca, *De jud.*, disc. 11, n. 6.

servanza dei regolamenti di polizia delle cose demaniali, per la loro conservazione e protezione: non ne segue tuttavia che manchi perciò carattere giuridico agli usi civici, nè che manchi per essi ogni legale garanzia. Avvi una garanzia generale a tutti i diritti ed è l'azione di danno, previa anche dichiarazione del diritto controverso. Il volere argomentare dunque dal difetto di un'azione speciale, o popolare, al difetto del diritto, non vale. Farebbe d'uopo provare che azione di danno non compete a chi è turbato nell'esercizio di diritti civici: il che non potrebbesi altrimenti fare che dimostrando appunto che manca d'ogni natura di diritto, che la offesa di esso non può costituire ragione di danno giuridico, e ciò non può esser provato, anzi è letteralmente contraddetto dalle fonti romane (1).

Nè le leggi o gli ordinamenti nostrani ripugnano. Se la legge comunale (2) e la legge sulle opere pubbliche (3) dànno la tutela delle cose pubbliche alle rappresentanti autorità, non la negano per gli usi civici ai cittadini. E se le leggi elettorali (4), e la legge forestale (5) e quelle sulle opere di beneficenza attribuiscono ai privati diritti azioni popolari per interessi pubblici di elezioni politiche o amministrative, di pascolo, di beneficenza, ecc., non è chiaro se formino un'eccezione o sanzionino un principio.

Ma qual maniera di diritto saranno questi usi civici? Tale quistione va distinta dalla prima ed è di minore importanza, perchè dal non potersi classificare l'uso civico in nessuna delle categorie dottrinali o legislative di diritto, non sarebbe già lecito negargli il carattere stesso del diritto.

Certo le ipotesi escogitate di servitù personale o reale non riscontrano ai caratteri dell'uso civico, benchè in tutte si ravvisino a prima giunta analogie abbastanza spiccate. L'analogia di personale servitù si presenta più facile nei diritti civici primari sopra i demanii essenziali, e in quelli sopra i demanii accidentali; l'indole di servitù prediale meglio si conviene ai diritti civici secondari sui demanii essenziali. La persona del cittadino gode nei due primi casi della cosa pubblica, e nel secondo percepisce persino i

---

(1) L. 2, § 11, ff. *ne quid in loc. publ.*

(2) Art. 87, 102, 112 ed altri.

(3) Art. 378.

(4) Legge 17 dicembre 1860, art. 30 e legge comunale, art. 52, 53, 54, 90.

(5) Legge forestale 1877.

prodotti della terra secondo i proprii bisogni, sicchè non sembra *oggettivamente* differire dall'*uso formale* del diritto civile se non pel titolo e per la dipendenza dell'uso dall'autorità e dai regolamenti pubblici. Negli usi civici secondari poi, cioè nei diritti dei frontisti sulle cose pubbliche, si ha la figura di un fondo dominante e d'un servente, o la figura di un diritto reale.

Senonchè il confronto degli usi civici sì all'una che dell'altra specie di servitù, manca di un carattere essenziale alla servitù, anzi all'*jus reale* in genere, cioè il dover essere uno *jus in re aliena* (1). Ma la cosa pubblica, riferita ai cittadini utenti, non può dirsi aliena. Ognun può dire, se non *mia*, certo *nostra* la cosa pubblica, e sia pure che il diritto di proprietà si faccia risiedere in un ente distinto dai singoli, che è l'università astratta; tuttavia, analizzata questa a fondo, si trova che la finzione giuridica e l'astrazione hanno il loro limite nello stesso scopo per cui vengono create, e come lo scopo è quello appunto che l'*uso* e il godimento della cosa si *generalizzi*, cioè si comunichi a tutti, presenti e futuri partecipi della comunità, ne segue che l'università non deve mai contrapporsi al *cittadino*, che anzi trova in esso la sua base reale (2). Invece la natura dello *jus in re* consiste appunto nella contrapposizione dei due soggetti e dei due diritti. Quando si avesse a parlare con linguaggio rigoroso, l'uso pubblico di ciascun cittadino non si potrebbe dire formale ma causale, come del condomino sulla cosa comune, del socio sulla cosa sociale.

E un altro elemento ripugna alla esatta assimilazione degli usi civici alla servitù, cioè la inalterabilità del *modo* di uso di questa, voluta dal diritto civile per regola generale, salvo espresse e vere eccezioni (3). Invece l'uso civico è variabile, come la cosa demaniale stessa, e ripugnerebbe persino al concetto della demanialità, e alla espressa definizione dell'art. 432 del codice civile il dirlo inalterabile. Che anzi, generalmente suol dirsi che la stessa inalienabilità repugna al concetto della servitù sulle cose pubbliche, perchè la servitù è alienazione frazionaria. Questo concetto non mi sembra del tutto esatto. Vi ripugnerebbe se la servitù si acquistasse da un privato all'infuori dei rapporti civici e oltre l'ordinario e naturale

---

(1) L. 26 ff. *de serv. praed. urb.*

(2) Vedi sopra all'art. 3.

(3) Cod. civ., art. 685.

uso della destinazione pubblica. Ma riferita la servitù allo stesso cittadino in quanto tale, non contraddice al concetto della cosa demaniale e alla inalienabilità sua perchè essa servitù non fa che incarnare giuridicamente lo stesso uso pubblico. Ciò che ripugna al carattere di servitù non è dunque la inalienabilità della cosa demaniale, ma la variabilità della destinazione e del modo di uso secondo le contingenze e i bisogni della comunanza sociale, e secondo i regolamenti e i decreti dell'autorità destinatrice e moderatrice del pubblico demanio.

E nemmeno è giuridicamente vero il dire che il diritto civico si fondi sovra un contratto o un quasi contratto. Il diritto civico sia pure qualificato e speciale, come quel de' rivieraschi, non s'acquista per alcun contratto, ma pel solo fatto della cittadinanza e del possedere un fondo in contiguità della cosa pubblica. L'ipotesi di un contratto è al tutto suppositizia e gratuita. Il permesso d'*allineamento* è concessione regolamentare, a scopi di ordine e di decoro pubblico, non un contratto. Quella di un quasi contratto sarebbe meno assurda, nel senso di una volontà di obbligarsi presunta dalla legge in virtù di un fatto volontario, ma non risponderebbe al senso tecnico e positivo che per quasi contratto intende certe determinate figure di fatto enumerate dalla legge, e non sarebbe in sostanza una cosa diversa da un diritto qualunque derivato da legge pubblica o da regolamento, o meglio dalla natura stessa delle cose demaniali, acquistate da' singoli col fatto del nascere o dello stanziare in un dato territorio nazionale o altrimenti diventarne cittadino. Il vero *titolo* di acquisto non è dunque un contratto nè quasi perchè non è un fatto volontario ed accidentale, ma un fatto il più delle volte necessario, è il fatto della cittadinanza, fatto che gli dà il nome, come la natura, di diritto civico.

Nè le disposizioni dei moderni codici di sopra citate, risguardanti il passaggio o gli scoli necessari, le vedute o le costruzioni sulla via pubblica, possono trarci a definire i diritti dei confinanti con esse vie per servitù più che per altra qualsiasi figura, o di proprietà comune, o di un diritto civico *sui generis;* chè anzi la dispensa dalle distanze per le luci e per le costruzioni private quando cadono sul suolo pubblico meglio conduce al concetto del dominio che della servitù legale.

Si potrà dire che il diritto civico sia un diritto di proprietà? Esaminando codesta ipotesi, ci accorgiamo che le analogie vincono

le differenze. Il non formare i diritti civici parte del patrimonio particolare di ciascuno, il non essere alienabili nè trasmissibili, l'essere variabili secondo la disposizione del potere pubblico, il non potersi dai consorti provocare alla divisione della comunione, sono certo differenze dallo istituto civile della proprietà, ma sovr'esse domina il carattere sostanziale di un rapporto tra la cosa e la persona, di un potere sopra di essa, di un diritto a trarne l'utilità che viene dalla natura sua. Quelle differenze sono di specie e non di genere. Il diritto civico non forma parte del patrimonio particolare di ciascuno, ma forma parte del patrimonio universale cioè comune ai cittadini.

L'alienabilità e trasmissibilità dei beni civici non è attributo speciale dell'uso, come non è della proprietà. La inalienabilità e intrasmissibilità dei diritti dipende dalla loro natura, come il non potersi dividere la cosa comune dipende dalla perpetuità dell'uso medesimo. Così eziandio la variabilità nel loro modo di essere, ma questa non esclude la permanenza del diritto nella loro sostanza, sinchè dura la destinazione demaniale: quando poi questa cessa, l'uso della cosa cessa di essere diritto, ma ricade nei cittadini stessi, sotto la forma di un servigio o di un'assistenza pubblica che si ritrae dal prezzo o dal fitto della cosa demaniale.

Quel che dunque dalle differenze del diritto civico dalla comunione o dal condominio si può inferire è l'essere esso a titolo di proprietà pubblica e non privata. Ma come la pubblica e la privata proprietà s'incontrano in un medesimo tipo essenziale di proprietà, così la proprietà può e deve dirsi il titolo dell'uso pubblico. E del resto è questa la conseguenza necessaria di cosa già per noi dimostrata, cioè del modo di concepire le cose demaniali.

Ammessa infatti la unità della proprietà demaniale, posto che la demaniale sia una vera proprietà, non diversa essenzialmente dalla patrimoniale, risedente nello Stato; posto che lo Stato abbia a concepirsi non come istituzione separata dal popolo ma come il popolo stesso ordinato e rappresentato; posto insomma che il popolo sia il vero soggetto della proprietà, ne scende che anche l'uso non abbia un soggetto diverso da quello della proprietà, essendo il popolo stesso proprietario ed utente. E siccome popolo sono tutti, son le persone fisiche dei cittadini, ne risulta che ciascuno d'essi avendo un egual diritto sugli altri, non può altro diritto avere che quel medesimo del popolo di cui è parte, cioè a dire che, come

fa parte del popolo, così partecipa al diritto del popolo. Ma il partecipare a un diritto significa averlo: dunque il cittadino ha la proprietà, che, divisa o piuttosto comunicata tra tutti i cittadini, si dice comproprietà, cosa comune fra molti, comunione. Il diritto di uso civico è dunque a titolo di comproprietà non certo isolata e nuda, ma cui si aggiunga la idea di società o di comunione indefinita, la quale presuppone come base la proprietà dei partecipi. Come lo Stato si può infatti concepire e fu infatti concepito da Grozio quale società perfetta di uomini liberi costituiti in persona pel godimento dei diritti e delle utilità comuni, così i beni comuni possono ben considerarsi come il fondo sociale di cotale perfetta comunanza, e Wolfio infatti chiamò i beni demaniali con profondo concetto: *residua primævæ societatis*. Il replicare che i cittadini non sono proprietari *pro indiviso* (1), è una risposta empirica che si fonda sulle specie della legge positiva, sulle accidentalità e modalità di esse, non sui grandi tipi giuridici della proprietà e della società, tipi nei quali si riscontrano tutti gl'istituti di privata e pubblica ragione e che sono vere essenze nella ontologia del diritto.

L'autorità dei giureconsulti romani non contraddice a questa dottrina, essendochè essi della proprietà e dell'uso delle cose pubbliche fanno subbietto il popolo: *Viam publicam populus non utendo amittere non potest:* onde le cose civiche son dette *communia civitatum* (2). E se dicono che *nullius in bonis esse creduntur*, soggiungono *ipsius universitatis esse censentur*, la quale *universitas* non è una pura astrazione, un'istituzione che sta fuori del popolo, ma sono gli *universi*, i *cives* come il *municipium* sono i *municipes*. La quale antitesi ne spiega un'altra, quella di Ulpiano: *loca publica, utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis non quasi propria cujusque*. Colle quali parole il giureconsulto non respinge l'idea del dominio, ma della proprietà, cioè della

(1) C. C. Torino 7 giugno 1878.

(2) *Instit.*, § 6, *de rer. div.*: « *Theatrum, stadia et si qua alia sunt communia civitatum* ». L. 24 ff. pr. *de damn. inf.*: « *Fluminum publicorum* COMMUNIS *est usus sicut viarum publicarum et litorum* ». E alla L. 1, § 1 *quod cujusc. univ.*: « *Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum reipublicæ habere res communes, arcam communem, et actorem sive syndicum per quem tamquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat agatur fiat* ». Gajus, l. 3, *ad ed. prov.* V. anche la L. 2, § 7, *de adm. rer. ad civ. pertin.*

proprietà esclusiva, della proprietà privata, del patrimonio particolare avente a titolo un fatto proprio, personale, un fatto volontario, non l'altra della proprietà comune, sulla base dell'eguaglianza civica, e che ben si traduce da Ulpiano colla frase *jure civitatis* e viene da esso dichiarata colle parole: *et tantum juris habemus ad obtinendum quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet.* Ciascuno non ha l'azione come non ha il diritto di proprietà, perchè è indivisibile, ma ha l'azione perchè ha il diritto all'uso, al godimento, al risarcimento della proprietà, in quanto l'uso possa essere e talvolta è essenzialmente dividuo e personale.

La giurisprudenza nostrana ammise la tutela o azione privata degli usi civici, con distinzioni o restrizioni che esamineremo a suo luogo.

Rimane a domandare: codesta definizione degli usi civici è applicabile a tutti o deve distinguersi tra gli usi sui demanii essenziali e quelli sui demanii accidentali; tra gli usi primari e gli usi secondari sui primi (1)? Ma i principii vietano ogni distinzione. Se il popolo e con esso ogni cittadino ha diritto di comunione sui beni comuni, qualunque sia la qualità dell'uso che ne fa, qualunque la forma o specie di utilità che ne ritrae, purchè consentanea alla natura della cosa demaniale, questo uso e questa utilità non altrimenti la ritrae che a quel medesimo titolo di comune proprietà. Ogni cittadino ha diritto di usare della cosa comune nel modo conforme alla natura e destinazione sua, sol che il faccia dipendentemente dai regolamenti: passare per la via pubblica, fabbricarvi se vi ha un fondo limitrofo, ricavarne accessi e luce, attinger alla pubblica fonte, immettere gli scoli nella cloaca pubblica, pascere il suo bestiame nel campo, o far legna al bosco, navigare ed anche pescare nel fiume pubblico, se non fu riservato allo Stato (2), servirsi delle acque per usi domestici o industriali, come irrigazione, salvo licenza o concessione per gli usi più gravi (3). Il titolo in

---

(1) VOLPICELLI, *Comp. amm.*, n. 521, JOCOTTON, n. 2, 19; VARCASIA, *Del poss.*, p. 418; C. Nîmes 25 marzo e 8 luglio 1829; C. C. Torino 24 maggio 1876; C. C. Firenze 11 dicembre 1873; trib. Catania 4 settembre 1873, a proposito di deviazione d'acqua a forma dell'art. 654 cod. civ. (VARCASIA, *Sul possesso*, pag. 418, 424 e nota).

(2) Legge francese sulla pesca fluviale 15 aprile 1829, a. 3 citata da DUCROCQ, *Dr. adm.*, t. 2, n. 780; Legge italiana sulla pesca 3 marzo 1877, che ammette la libertà della pesca nel fiume pubblico.

(3) V. VARCASIA, *Il possesso*, p. 125; Codice della marina mercantile, art. 141.

virtù del quale altri fa tutto questo è sempre il medesimo, la cittadinanza, l'incolato, o la *comitas gentium* che lo supplisce, il modo dell'uso varia secondo i suoi bisogni e le peculiari circostanze in cui si trova. Il possedere il fondo vicino alla strada non è un titolo di più, è un'occasione a trarre dalla cosa pubblica un particolare vantaggio: da che possono variare l'applicazione e le conseguenze del diritto, cioè l'*azione* per la perturbazione avvenuta di esso diritto, come si vedrà più innanzi, non la natura del medesimo (1). Nè l'essere un diritto, di transito p. e., d'interesse generale e comune a tutti, basta a togliergli la natura dell'interesse giudiziario prescritto dall'art. 36 del codice di procedura civile (2). La giurisprudenza è per lo più contraria (3), e non ammette per questi usi generali l'azione popolare, ma essa si fonda sulla ragione di sistema sociale e di opportunità politica. Il principio *quod universitati debetur, singulis non debetur,* ecc., non vale per i diritti civici, ma per i crediti del comune.

Il principio della proprietà comune spiega tutte le specialità dell'uso civico. Siccome la comunanza è necessaria, perocchè fondata su basi morali, quindi perpetua, manca il diritto allo scioglimento, alla divisione della proprietà comune. Siccome nella comunione è legge pei partecipanti il voto della maggiorità, o meglio della rappresentanza dell'universale che deve moderarne l'uso in guisa che tutti vi partecipino in proporzione possibilmente eguale e costante secondo le contingenze sociali, così il modo e le condizioni e le forme dell'uso dipendono dalla volontà di chi rappresenta e governa

---

(1) Sulla natura degli usi civici, vedi L. 1 e L. ult. D. *si ager vectig.*; G. Rocco, *Corso di dir. amm.*, I, sez. XV e seg. e *Quest. di dir. ammin.*, quest. 1 e seg.; Diaz, *Corso compl. di dir. ammin.*, I, p. 285 e seg.; Astengo, *Guida ammin.*, p. 267, 934 e seg., e *Nuove illustraz.*, p. 791 e seg., 799 e seg.; Proudhon, *Traité des droits d'usage*, n. 905; Batbie, *Dr. adm.*, V, n. 85, Dufour, *Dr. adm.*, I, n. 508; Serrigny, *Traité de la comp. adm.*, n. 792, 793. Sul carattere e sulle condizioni di godimento degli usi civici, vedi Saredo, *Legge*, anno XVIII, parte II, pag. 150, n. XIII, XVIII e *Legge*, II, 1871, p. 293 e seg.

(2) *Contra:* Scialoia, *Comm. al cod. di proc. civ.*, v. 2, § 1380, *Giudiz. sulle azioni poss.*. n. 688. Il quale però con Proudhon e Belime ammette che abbia azione colui a cui fu impedito il transito per una via che particolarmente interessava ai suoi negozii (n. 688).

(3) Si citano tuttavia in favore una decisione del Sen. di Genova 19 luglio 1829; della C. di Torino 7 luglio 1883; della C. Firenze 19 gennaio 1846; della C. A. Torino 20 giugno 1868 (*Legge*, VIII, III, 351) e 5 aprile 1873 (*Legge*, XIII, III, 217).

la comunanza, e la materia ossia il contenuto pratico del diritto civico medesimo (1) è variabile, modificabile, e si determina e concreta solo a un dato momento in conformità al regolamento e alla disposizione dell'autorità. Queste e simili note differenziali costituiscono lo *jus singulare*, lo *jus publicum* di codesti diritti, ma lasciano intatto il tipo superiore del diritto comune, del diritto essenziale delle proprietà, che, fuori di quelle particolarità, funziona sempre e trova svolgendosi le sue naturali applicazioni e genera le sue legittime conseguenze.

Se il diritto civico è un diritto, e di ragion reale sulle cose demaniali, ne conseguita che esso è capace di possesso (2) e dei rimedi possessori, non solo di *reintegranda,* ma di *manutenenda.* Il possesso della cosa e del diritto civico che è presso il comune come rappresentanza e personificazione della universalità, se esclude il possesso della cosa (3), non esclude il possesso del diritto civico nel cittadino, come posizione di fatto corrispondente alla sua posizione di diritto. E sopra si vide che il diritto latino accordava tutela, anche possessoria, non solo ai diritti o possessi concessi dall'autorità sul suolo pubblico, ma agli stessi usi civici (4). E la giurisprudenza lo ammise (5) secondo le specie, benchè non sempre fu, a nostro avviso, coerente (6). E fu ammesso che se nel caso di tutelare il diritto civico, cioè l'interesse dell'utente, sia necessaria la eccezione o la prova della demanialità della cosa, l'interessato possa dedurla (7). Si negò però l'azione possessoria quando è diretta

---

(1) V. Stahl, *Philosoph. des Rechts,* vol. 1, part. II, § *die Gemeinde.*

(2) C. C. art. 685.

(3) Troplong, *Prescr.,* 158.

(4) L. 1, D. *ne quid in flum. public.;* L. 1, § 38 e 39. D. *de aqua quot. et aest.;* L. 2, D. *de aq. vel am. poss.* V. Volpicelli, *Compet. amm.,* n. 224 e seg., 360 a 370.

(5) C. C. Torino 4 settembre 1867; C. A. Napoli 5 ottobre 1870; C. C. Torino 24 luglio 1872 e 18 aprile 1872; casi di utenti d'acque demaniali; Consiglio di Stato francese 24 giugno e 19 dicembre 1827. V. Varcasia, *Del possesso,* p. 110, 124, 126; Scialoia, *Comm. al cod. di proc. civ.,* n. 70, 681, 687. Vedi però il n. 697, 703; Belime, *Az. poss.,* n. 93. Troplong, *Prescr.,* n. 131.

(6) Così la C. C. Palermo in fatto di uso d'acqua demaniale ora ammise possesso (decis. 7 febbraio 1871), ora lo negò (9 novembre 1866).

(7) C. C. Milano 30 luglio 1862; C. A. Torino 20 giugno 1860; C. A. Casale 4 luglio 1868; *Contra:* Baratono, *Az. possess.,* p. 137 e il Phoudhon, *Dom. publ.,* II, 366. Vedi nel Dalloz, 1865, 1, 141 e 1866, 1, 224.

contro la stessa amministrazione (1), e a ragione, sia perchè il modo del possesso dipende dalla stessa disposizione dell'autorità, sia pel privilegio dell'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo quando vi sia di mezzo atto discrezionale e di autorità, rimanendo salva però anche contro l'amministrazione l'azione dei danni, se fu violata la sostanza del diritto, come sopra si dimostrò.

A compiere questa parte importante della teorica sulla demanialità, daremo un saggio delle principali applicazioni sue, toccando le principali questioni che nelle scuole e nel fôro portarono all'indagine teoretica della natura giuridica degli usi pubblici.

Il Proudhon afferma che il comune non può elevare sul suolo pubblico una costruzione che diminuisca o imbarazzi l'uscita o la luce al frontista, e cita una decisione della corte di Nancy (2). È la conseguenza della teoria della servitù. Ma la sua enormità stessa doveva avvertire dell'errore della teoria. Diversamente dovrebbe dirsi in quanto a una costruzione privata, anche autorizzata da un permesso di allineamento, perocchè quel che è pel comune esercizio di un diritto, per un privato è fare ingiuria e danno. Ma il Proudhon ha ragione di dire che il comune non può fabbricare o lasciar fabbricare che alla distanza portata degli articoli 678 e 679 del codice Napol. (587, 588 ital.): non già tuttavia per la ragione dell'aggravamento della servitù sul pubblico, ma perchè fabbricando o lasciando fabbricare sul suolo pubblico, questo diventa patrimoniale, e deve osservare la servitù e le distanze.

Se l'uso civico venga comunque turbato, il cittadino ha diritto ed azione alla rivendicazione del medesimo, in quanto spetta al suo interesse, senza distinguere se sia in controversia la stessa sostanza del diritto civico o l'esercizio del particolare (3). Ciò discende dal principio generale competere azione per ogni legittimo interesse (4). Una legge francese (5) attribuisce ad ogni contribuente del comune

---

(1) TROPLONG e C. C. francese.

(2) PROUDHON, *Domaine publ.*, II, p. 346. Non giustifica però la condanna del comune alla demolizione del manufatto.

(3) *Contra:* PROUDHON, *Domaine publ.*, II, p. 346. VOLPICELLI, *Comp. amm.*, n. 521; C. Nîmes 25 marzo e 8 luglio 1829.

(4) Cod. proc. civ., art. 36. *Contra:* C. C. Roma, causa comune di Messafiscaglia, 16 aprile 1880 (*Riv. amm.*, 1880, p. 501). Vedi pure *Giur. ital.*, 1880, p. 1, s. 2, pag. 858, note (2-4).

(5) Legge 18 luglio 1832, art. 49, 3°, 4°, menzionata dal PROUDHON, loco cit.

l'esercizio delle azioni che a questo appartengono, quando le trascura. Di ciò già fu detto.

Si è domandato se lo Stato ed il comune possano sopprimere una strada e far cessare l'uso pubblico di un fondo demaniale qualsiasi, senza il consenso degli utenti o senza la causa e le forme della pubblica utilità e senza indennità. I difensori della servitù o di altro diritto assoluto dei rivieraschi rispondono negativamente (1), e citano esempi di parlamenti e assemblee generali tenute a questo effetto. Ma questo non può essere che una forma storica del governo comunale, che ora cede alle nuove istituzioni. Il consiglio comunale, o altra assemblea rappresentante la comunità, la rappresenta pienamente, e ha facoltà piena come di destinare la proprietà pubblica all'uso di tutti, così di far cessare questa destinazione. Cessata la destinazione, gli usi pubblici cessano per necessaria conseguenza, nè si può parlare di diritto civico sopra fondo non più demaniale, perocchè esso è sempre necessariamente subordinato al fatto e alla durata della destinazione e dipendente da essa.

Solo la ipotesi di una servitù privata acquistata sul suolo pubblico dal proprietario rivierasco sembrerebbe legittimare il diritto a consentire o ad esserne reso indenne. D'altronde la controversia pare presso noi decisa coll'art. 111 della legge comunale e provinciale, che dà al consiglio comunale balìa di deliberare intorno alla destinazione dei beni e degli stabilimenti comunali, coll'art. 18 della legge sulle opere pubbliche che allo stesso consiglio presuppone attribuito il diritto di sopprimer le strade comunali, salvo solo le formalità prescritte dall'art. 17, cioè i reclami delle parti interessate. Da che seguita che non è dovuta agl'interessati, cioè agli utenti, veruna indennità, se pur essi non consentono alla soppressione, nè i loro reclami siano stati accolti. Ed è confermato dalla disposizione contenuta nell'ultimo comma del citato art. 18 che «*le deliberazioni dei consigli comunali portanti soppressione di strade dovranno dichiarare se debbano essere classificate come vicinali o se invece si debba alienarne il suolo ai proprietari frontisti o all'asta pubblica*». Imperocchè nel primo caso è provveduto agli interessati dalla legge medesima, rimanendo sulla via vicinale gli usi pubblici (2), non così negli altri due casi, non essendoci nella

(1) Proudhon, II, 346; Cenni, op. cit., p. 204 e seg. e autori ivi citati.

(2) Legge sulle opere pubbliche, art. 19.

legge riserva alcuna della indennità ai frontisti, e d'altronde essendo disposizione generale del codice che i beni pubblici, cessata la destinazione, passino al patrimonio dello Stato o del comune (1).

Tuttavia v'ha ancora modo di alimentar la questione. È tollerabile che il comune sopprimendo una via tolga gli accessi e tutte le comodità necessarie ai fondi latistanti senza indennità? Il diritto civico medesimo, sia di comunione, sia *sui generis*, è pur sempre un diritto che può modificarsi compatibilmente colla sua naturale funzione, non abolirsi del tutto, senza far torto e recar vero danno agli utenti.

Per codeste e simili ragioni credono alcuni che gli usi civici, se pur non furono, diventino servitù in caso di soppressione della demanialità e rimangano sul suolo divenuto patrimoniale (2). Una legge francese del 3 maggio 1842 (3) consacra questo principio. Ma per quale processo giuridico avviene questa trasformazione? Esso potrebbe anche raccomandarsi a quel modo di originare la servitù che è la destinazione del padre di famiglia. La comunità che sopprime la via o altrimenti fa cessar l'uso pubblico e passare la cosa nel patrimonio suo, ha però essa medesima già divisato in quella uno stato di cose, permettendo o lasciando i privati edificare lungo la via, o costruirvi aperture, accessi, canali, condotti. Era il popolo il proprietario del suolo, e giuridicamente era il medesimo popolo che lo destinava agli accessi delle case latistanti e agli altri usi civici, ed ora codesto suolo, diventando patrimoniale, si stacca dalla comunione diretta e così muta proprietario. Non è dunque il caso del proprietario che *pose o lasciò le cose nello stato dal quale risulta la servitù* (4), e quindi *questa s'intende stabilita attivamente e passivamente a favore e sopra ciascuno dei fondi separati* (5)?

Senonchè un'altra disposizione nel nostro sistema di diritto rende superflua tale quistione. Divenuto patrimoniale il fondo pubblico, esso viene ad esser gravato di servitù necessaria di passaggio e di acquidotto (6) a favore di coloro che hanno edifici o poderi lungo

(1) Art. 429 C. C.
(2) LAURENT, *Princ.*, VI, 61 e tit. delle servitù.
(3) DALLOZ, *Répert.*, v. *Voirie par terre*, p. 210.
(4) Cod. civ., art. 632.
(5) Cod. civ., art. 633.
(6) Art. 592, 593, 598.

la via o piazza soppressa. Rimarrebbe la quistione dell'indennità. Ma anche a questa soccorre l'art. 595: « *Se il fondo divenne da ogni parte chiuso per effetto di una vendita, permuta o divisione, i venditori, permutanti, condividenti sono tenuti a dare il passaggio senza indennità* ». Ora a noi pare che la soppressione del demanio pubblico equivalga ad un vero scioglimento della comunione civica in quanto all'uso, rimanendo al popolo sempre la proprietà e l'utilità economica del fondo diviso, e staccandosi quindi da esso quei proprietari rivieraschi che prima come partecipi della comunione, cioè come cittadini, ed ora non più come tali ma come privati si trovano di fronte alla comunità. Egli è da questa divisione e ripartizione dell'uso del suolo pubblico, che i fondi privati rimangono chiusi d'ogni intorno, mentre quell'uscita sul pubblico, che prima avevano per l'effetto della comunione civica, or viene a cessare, sì che il suolo pubblico ridotto in patrimoniale diviene appunto uno dei fondi che li chiudono e quindi passibile di gratuita servitù a favor degli altri.

Altra quistione sulla quale la definizione giuridica dell'uso civico esercita gravissima influenza è quella di vedere se l'amministrazione pubblica debba risarcimento pei danni che arreca alle proprietà private in caso di modificazioni che essa apporta alle cose demaniali. La famosa questione si è agitata in occasione di rimaneggiamenti del suolo pubblico, di alzamenti o abbassamenti dei piani stradali, onde rimangono gli edifici latistanti o scossi nella solidità, o sotterrati nelle porte o finestre, o scalzati nelle fondamenta. La controversia è grave e complessa e non è la definizione dell'uso civico solamente l'elemento che entra nella sua discussione, ma vi entra altresì la teoria generale dei danni, quella delle espropriazioni per causa di utilità pubblica ed altre. Però siccome la definizione degli usi civici vi sta per gran parte e gli altri elementi pur s'attengono ai rapporti tra la proprietà pubblica e la privata che qui stiamo esaminando, ci pare qui il luogo d'interamente, benchè succintamente, trattare la questione.

Distinguansi in prima tre differenti casi, ossia tre diverse specie di danni: 1ª danni *intrinseci materiali*, cioè prodotti dai lavori pubblici alla solidità degli edifici latistanti; 2ª danni *transitori*, prodotti alle proprietà limitrofe per gli accessi disagiati o impraticabili, per lo sviamento delle clientele e simili, durante i lavori pubblici; 3ª danni *materiali estrinseci*, per l'alterazione dei piani

stradali, come sotterramento o scalzamento delle pareti degli edifici e simili.

Quanto alla prima specie di danni, la questione degli usi civici e dei rapporti tra comune e cittadini, tra pubblica e privata proprietà vi è affatto estranea. La controversia dev'esser decisa esclusivamente col diritto privato e comune che regola i rapporti tra le proprietà, cioè colla teoria dei danni. Non trattasi di usi civici, di accesso, transito, luce, canali, smaltitoi e simili che siano danneggiati, ma della proprietà stessa. L'amministrazione non ha, rapporto alla sostanza delle proprietà private, maggiori diritti o maggiori obblighi, o diversa responsabilità che abbiano gli altri privati vicini. La indagine quindi deve esser risoluta coi criterii d'ogni altra azione di danno dato e secondo la varietà delle circostanze di fatto che accompagnarono il caso: nel vedere se ci fu nell'amministrazione colpa o negligenza od imprudenza nell'eseguire i lavori; se il danno venne piuttosto dalle condizioni del fondo danneggiato o rovinato che dal lavoro medesimo: se questo fu solo occasione imprevista al danno che causa efficiente ed intenzionale. La comunità, come ogni altro proprietario, potrà invocare il principio: « *qui jure suo utitur nemini injuriam facit. In suo hactenus operari licet quatenus in alienum nihil immittat* (1); principio applicabile anche all'amministrazione pubblica (2); potrà invocare la definizione del diritto di proprietà data dall'art. 436 del codice italiano, 544 del francese e l'art. 447 relativo al diritto di edificare ed escavare il proprio suolo, salvo le servitù costituite.

Nè si potrà rispondere, come fa il Laurent, che limite al diritto del comune è il diritto del proprietario, cui non è lecito di ledere. Imperocchè l'argomento si rovescia. La lesione del diritto è allora solo il limite del diritto quando è intenzionale, giuridica, soggettiva, non meramente materiale ed oggettiva, imprevista. Il contrario condurrebbe all'immobilità dei diritti o farebbe consisterne l'efficacia soltanto nell'anteriorità materiale di tempo del loro esercizio.

(1) L. 24, § 3, 12. L. 18, § 2. L. 26, 32 ff. *de damn. inf.*, L. 151 ff. *de Reg. Jur.*; L. 1, § 12 ff. *de aq. et aq. pluv. arc.*; L. 8, § 5, ff. *Si serv. vind.* Et. tot. tit. *ad leg. aq.* POTHIER, *Du droit de propr.*, n. 4. *Intr. génér. aux coutumes*, n. 100; DALLOZ, *Répert.*, v. *Responsabilité*, n. 101; PROUDHON, *Du dom. publ.*, I, 638, 639. LAURENT, *Princ.*, vol. VI, XX; Codice austriaco, § 1305. V. JHERING, *Das schuldmoment: « Ohne schuld keine strafe: ohne schuld keine schadensersatz »*.

(2) L. 1 pr. et § 15, ff. *Ne quid in loc. publ.*

Fu obbiettato ancora che la proprietà pubblica come è dispensata dalle servitù, dalle leggi sulle distanze (1) cui sono soggette le private per la reciproca garanzia della loro integrità, così non può neppure invocare in suo favore la teoria generale della proprietà e dei risarcimenti, perchè quelle sono complemento di questa; altrimenti s'indurrebbe un vero privilegio alla pubblica proprietà. Ma la dispensa dalle distanze tra la proprietà pubblica e le private è in favor reciproco dell'una e dell'altre, e se importa mutui vantaggi non è meraviglia che rechi pure reciproche responsabilità. Del resto anche i fondi privati possono esser contigui e tuttavia dalla loro contiguità non viene che si aggravi la responsabilità per mutui danneggiamenti in caso di lavori. La distanza poi delle escavazioni prescritte dall'art. 575 riguarda i *fossi* o canali stabili, non le escavazioni transitorie che fannosi per cavar fondamenta, o bonificare un fondo, nel qual caso e la privata e la pubblica proprietà sono alla pari, entrambe padrone e irresponsabili, se non abbiano commesso colpa, negligenza o imprudenza.

Si obbietta in fine che il privato contro l'amministrazione non ha il rimedio che la legge dà tra' privati onde premunirsi dai danni per lavori, cioè la denuncia di nuova opera o l'azione di danno temuto (2). Ma questo diniego d'azione, se v'è, non procede certamente dalla ragion del diritto, sì che sia lecito inferirne che reciprocamente al comune debba fallire la libertà della proprietà sua. Non v'ha nel diritto comune ragione perchè il comune non abbia ad esser sottoposto alle azioni possessorie per gli atti di governo e di pura amministrazione, come è alle azioni ordinarie. Se il diniego sta, esso proviene da un privilegio di diritto pubblico, cioè dall'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo. Ma anche questa è quistione ardua, e noi opinavamo per la soluzione, che nega il privilegio (3). E se è vero che l'ammetterla guasta l'economia dei diritti e rompe la eguaglianza delle cause, sarebbe ragione di più per confermare questa opinione, non mai per argomentarne un'inferiorità giuridica dell'amministrazione in fatto di responsabilità per danni dati. Ma s'aggiunga che, anche negata l'azione possessoria di danno temuto, il diritto del privato sarebbe

(1) Cod. civ., art. 556, 572, 575.

(2) Art. 698, 699 C. C.

(3) Vedi sopra sez. 1, cap. 7, art. 8, n. 9.

sempre salvo, perchè ampiamente protetto dalla legge della responsabilità e dall'azione per danni. Anche nel diritto romano per danni che dall'opera del pubblico magistrato si causassero ai privati, non c'era l'interdetto (1), e neppure la *stipulatio damni infecti*, ma il ricorso al principe o al preside della provincia. « *Si publicum opus publice reficiatur..... vel princeps adeundus est vel præses provinciæ* » (2), anzi cessava l'interdetto anche contro il privato se aveva impetrato una concessione dall'autorità pubblica (3), purchè tal concessione fosse qualificata, avvegnacchè, se fosse semplice, si intendeva data con condizione « *ut sine incommodo cujusquam fiat* » (4), dalla quale clausola sottintesa avveniva che per ogni privazione, sia pur di comodità, causata da un privato, si dava l'interdetto « *damnum pati videtur qui commodum amittit quod ex publico consequebatur, quale quale sit. Plane si ædificium effecerit ut minus luminis insula tua habeat interdictum hoc competit* ». Ed era ragionevole e giusto che non s'inceppasse la libertà dei magistrati nella esecuzione delle opere pubbliche, e non si chiamasse in giudizio l'erario pubblico a dare un'inutile cauzione dei danni temuti.

Niente dunque osta che le cause di danni di questa specie tra l'amministrazione e i privati si decidano col diritto comune, colle teorie cioè della colpa aquiliana, e cogli art. 1151 e 1152 del codice civile e che l'amministrazione sia assoluta quando non si provi colpa nella esecuzione del lavoro (5).

Ma la dottrina e la giurisprudenza moderna pretesero definire la quistione in senso astratto, e si trovarono profondamente divise. Per la opinione che ammette il risarcimento, parteggiarono molti autori, e sentenziarono corti moltissime italiane e straniere (6).

---

(1) L. 2 pr. e § 21, ff. *Ne quid in loc. publ.*, Vedi C. A. Napoli, 6 aprile 1868 (*Legge*, 1868, p. 2, p. 316).

(2) L. 24, pr. *de damn. inf.*

(3) L. 1, § 15, ff. *Ne quid in loc. publ.* e d. L. 2, § 21 eod.

(4) Detta L. 2, § 10, ff. *Ne quid in loc. publ.*

(5) È celebre un esempio di una lite di questo genere agitata ai tempi di Tiberio e perduta dal reclamante Pio Aurelio senatore (Tac., *Annali*, lib. 1, cap. 75). Suole obbiettarsi pure l'art. 46 della legge sulle espropriazioni. La quistione, riproducendosi identica nella terza specie di danni, sarà toccata più innanzi.

(6) V. Laurent, *Princ.* vi, 142. C. Bruxelles, 18 maggio 1868 (*Pasicr.*, 1868, 2, 272) notevole. C. A. Roma 31 gennaio 1882, Torlonia e comune di Roma; C. C. Roma 8 luglio 1882, causa Cerasi e comune di Roma.

Per la sentenza contraria altrettanti autori e decisioni altrettante (1).

Tanta discordanza è in molti casi solo apparentemente nei principii per le inesatte e vaghe clausole onde usarono in uno o in altro caso i tribunali per ragionare le loro decisioni; ma un esame accurato delle condizioni di fatto in molte delle specie giudicate condurrebbe senza dubbio a provare che l'apprezzamento da un lato delle condizioni del lavoro, dall'altro di quelle degli edifici rovinati furono, come debbono essere, nei singoli casi le vere cause che decisero l'animo dei giudici.

La specie più ambigua è quella in cui la rovina o il danno dell'edificio privato deriva non da colpa commessa nell'eseguire il lavoro o da mancanza di cautele, ma dalla sua stessa natura, e specialmente dalla grande profondità dei cavi e dall'esaurimento delle acque; il caso insomma d'incompatibilità tra il lavoro pubblico e l'integrità degli edifici. Imperocchè se è la tua costruzione viziosa, e cade per occasione dell'opera o dell'edificio mio, certo non sono responsabile (2).

Ignoriamo, se il caso di fortuita incompatibilità sia tecnicamente possibile. Se lo fosse, pare a noi doversi decidere col principio *qui suo jure utitur* temperato dai riguardi di buon vicinato. Il vicino, che vede il lavoro e ne prevede le conseguenze, deve prendere a sua cura e a sue spese le precauzioni necessarie a impedire il danno: esso ha diritto a intimare l'amministrazione, o il vicino (perchè i due casi giuridicamente equivalgono) a sospendere il lavoro per dar tempo alle assicurazioni necessarie. Quando la natura od entità del lavoro è ignorata dal proprietario dell'edificio minacciato, gli autori delle opere, che prevedono o debbono razionalmente prevedere le conseguenze delle medesime, debbono avvisarne il vicino perchè si

---

(1) Borda, *Dizion. di amm.*, parola *Indennità*. C. A. Genova 4 agosto 1863, notevole (*Giurispr. ital.*, serie 2, vol. 15, part. 2, p. 586). C. C. Firenze 23 giugno 1867 (*Annali*, I, 1, 228). Laurent, *Princ.*, XX, 415, 416, sull'autorità della corte di Bruxelles, notevole; Consiglio di stato francese nel caso del prosciugamento del lago di Nantua riferito nel *Journal du palais*, vol. 14, 24 febbraio 1865; C. A. Roma 17 maggio 1878, causa Cerasi e comune di Roma.

(2) È testuale la leg. 24 ai §§ 4, 5, 10, ff. *de damn. inf.*, anche in caso di già interposta stipulazione. Vedi pure la L. 11 C. *de acq. et ret. possess.*: « *Vitia possessionum a maioribus contracta perdurant et successorem auctoris sui culpa comitatur* ».

provveda: se nol facciano abusano del loro diritto e si rendono colpevoli di negligenza o d'imprudenza, quindi responsabili del danno. Ma adempiuti tutti i riguardi, e posta l'imprevedibilità del danno, il diritto non contiene ragione per accagionarne l'innocente autore dell'opera pubblica o privata, che fu occasione di danno all'altrui proprietà. Il caso rientra in quello della forza maggiore e del caso fortuito. Ogni diversa soluzione presupporrebbe una servitù di sostegni reciproci indefinita nelle condizioni e nelle distanze, e renderebbe l'uso del proprio diritto pieno di pericoli, toglierebbe alla proprietà la libertà e l'indipendenza indispensabile alla sua funzione di progresso e di civiltà. Fuori delle servitù e delle leggi di vicinato stabilite dalla legge, ogni proprietà deve sostenersi sulle sue proprie intrinseche condizioni, ed essere a dir così responsabile, come delle leggi e forze di natura, così degli effetti necessari dell'esercizio legittimo dei diritti altrui (1).

La seconda specie di danni è di quei che dicemmo *transitorii*. Non è a parlare degl'incomodi risultanti dalla stessa destinazione della cosa pubblica e dai regolamenti, p. e. da fiere, mercati, spet-

---

(1) A questi principii si conformarono le decisioni della C. A. Bologna 20 luglio 1883 nella detta causa tra il conte Cerasi e il comune di Roma, e la cassazione di Roma 12 dicembre 1883, benchè la prima, riconoscendo in fatto il concorso del *vitium aedium* e del *vitium operis* e *loci,* decise per la ripartizione del danno, la seconda, presupponendo in fatto giudicata la colpa del comune, e riservata la quistione della *concausa* da parte del danneggiato, confermò la sentenza succitata della corte di Roma che fu per l'opinione radicale. Evidentemente o nella enunciazione della teoria giuridica o nell'apprezzamento del fatto, si può vedere nelle sentenze contrarie alle amministrazioni l'influenza d'una onesta preoccupazione a favore dei danneggiati. Lo si vede chiaramente nel travisamento che si fa del concetto della colpa ritrovato ora nella astratta prevedibilità del danno, ora nella stessa natura di un lavoro in quanto è capace di produrre per concatenazione di forze e leggi naturali effetti nocivi sull'altrui *(colpa inerente, colpa presunta),* or nel successo stesso dannoso, e persino nella omessa preventiva verificazione e rifondazione di tutti gli edifici nei quali il danno si è *ex post-facto* manifestato (vedi citate C. A. Roma 31 gennaio 1883 e cassazione 8 luglio 1882). Lo si vede, infine, in quel ricorrere che taluni fanno alla teoria di un'espropriazione immaginaria e in quell'adagiarsi nella disposizione intesa in grosso dell'art. 46 della legge 25 giugno 1865, di cui sarà parlato più oltre. In una controversia così grave in cui le amministrazioni esproprianti si vedono minacciate di responsabilità ignorate, assurde, in grazia di edifici viziosi, è desiderabile che la dottrina pigli a sè imparzialmente il problema, almeno per quanto compete alla vera teoria e a un sistema veramente giuridico di soluzione, rivendicando almeno dalla preoccupazione degl'interessi la integrità dei principii.

tacoli, lavatoi, abbeveratoi, vicinanze di cimiteri, esecuzioni capitali, numerazioni, affissioni, dei quali incomodi è troppo chiaro che sarebbe assurda ogni pretensione d'indennità (1). Più considerevole è la quistione degl'incomodi e delle difficoltà d'accessi e delle perdite economiche che la esecuzione medesima dei lavori apporta ai fondi che fronteggiano le vie. Tale quistione, a differenza della prima, entra nei rapporti di diritto pubblico tra la proprietà pubblica e la privata. Ma per cotesti danni indubbiamente non v'ha diritto a risarcimento. Essi sono conseguenza occasionale del legittimo uso del diritto e del dovere che ha l'amministrazione di restaurare o di migliorare le cose pubbliche, e come i frontisti ne ritraggono i vantaggi, ne debbono sostenere gl'incomodi. Anche nella ipotesi più severa di una servitù costituita sul suolo pubblico, la conclusione non correrebbe diversa: perocchè un privato, nonchè opporsi ai miglioramenti del fondo servente o reclamarne compensi, deve farne o contribuirne alle spese (2). La giurisprudenza è concorde in questo senso (3).

Ma se il comune trascuri la conservazione o il buon mantenimento della strada o della fogna od altra simile opera o ritardi soverchiamente i lavori, avranno rimedio giuridico gl'interessati, o dovranno contentarsi del solo reclamo amministrativo? A noi sembra doversi negare l'azione di danni. Sia pure un vero diritto quello alle comodità civiche, esso dipende dalla moderazione dell'autorità. In questa l'amministrazione non è solo proprietaria, rappresentante degli usi civici, ma autorità, arbitra e giudice dell'opportunità e del tempo e dei mezzi, della natura e dell'importanza dei lavori pubblici. Gl'interessati possono quindi reclamare alla stessa esecutrice o alla superiore amministrazione, ma non vantare azione civile per un tempo o un modo determinato di esecuzione.

Altra cosa è quando dalla trascurata o sbagliata manutenzione delle cose demaniali derivi danno positivo, non agli usi civici, ma alla proprietà stessa, come ad esempio inondazione di acque a danno dei fondi limitrofi. In questa specie, si presenta la quistione di com-

(1) PROUDHON, II, p. 357. Vedi vol. 1, pag. 294.

(2) Cod. civ., art. 640, 641.

(3) PROUDHON, II, p. 358, che cita la causa della città di Parigi pel boulevard Saint-Denis. Cassazione francese 18 gennaio 1826 (S. 26, 1, 267); Cassazione 12 giugno 1833 (S. 33, 1, 604).

petenza di attribuzioni, e quella di merito sui danni. Della prima fu discorso altrove (1). La seconda può e deve essere risoluta con criteri comuni dei limiti della proprietà e dei risarcimenti. E come fu risoluta negativamente in caso di proprietari privati (2), così deve esserlo in caso del pubblico. Purchè peraltro sia ciò senza dolo o malo animo. Imperciocchè la proprietà demaniale è pur sempre proprietà e sottostà agli obblighi comuni di ogni altra proprietà, salvo quella discrezionalità che compete all'amministrazione come autorità e nei rapporti cogli *usi* pubblici.

Rimane a vedere della terza specie, cioè dei danni *estrinseci* permanenti prodotti dalle alterazioni dei livelli stradali o dallo stato di altra opera pubblica. Ed è questa senza dubbio la più grave e complessa delle tre quistioni, detta ancora quistione dei *riaccordi* e consiste nel cercare se, quando la nuova sistemazione di una via fa che le uscite delle case e le luci siano alterate, le opere necessarie a riordinare la proprietà privata in consonanza coi nuovi piani stradali, alzando o abbassando i pavimenti e gli accessi, debbano esser fatte a cura o almeno a spese dell'amministrazione o dei privati. Sulla quale quistione vi hanno opinioni estreme, l'una negante, l'altra affermante obbligo della comunità ai risarcimenti incondizionatamente, ed un'opinione media e distinguente.

I fautori della opinione negativa, come il professore Marchese di Catania, Righini e Casabianchi di Milano, Pardessus, Odillon Barrot (3), escludendo in principio che gli usi pubblici siano servitù prediali, e non riconoscendo ad essi alcuna ragione di veri diritti, facilmente ne inferiscono che niun vero danno si fa ad essi coll'alterare gli accessi o le luci dei fondi; oppure ammettono un diritto e tuttavia fanno questo variabile e dipendente dal regolamento o dal fatto dell'autorità pubblica moderatrice, e così riescono alla stessa conclusione. Non essendovi diritto vero offeso da un lato, nè colpa, ma solo esercizio di un diritto, anzi di una missione so-

---

(1) Vol. 1, sez. 1, cap. 7, art. 8.

(2) C. Gand 3 marzo 1854 (*Pasicr.*, 1854, 2, 328); LAURENT, *Princ.*, VI, 141, 142; XX, 415.

(3) Vedi DEBOSIO, *Espropriazioni per causa d'utilità pubblica*, parte 2, n. 189 ed autori ivi citati; FERRAUD GIRAUD, *Du dommag.*, p. 160; DUFOUR, *De l'expropriation*, n. 263; SERRIGNY, *Question et traités de droit. admin.*, Paris, 1853, p. 611, 620; Trib. di Napoli 2 agosto 1869 (*Legge*, IX, p. 2, pag. 259); Trib. Girgenti 22 febbraio 1870 (*Legge*, VII, p. 2, pag. 383).

ciale, dall'altro, l'azione di danni è impossibile. I proprietari privati non possono aver mai acquistato il diritto all'inalterabilità dei piani stradali, ma solo ad usarne in quel modo che è offerto dalla pubblica autorità. La pubblica proprietà deve muoversi e cangiarsi secondochè esige il bisogno pubblico, e il privato deve acconciarsi a questo, e riaccordare la sua proprietà allo stato nuovo. Il suo interesse può rimanerne offeso, non mai il diritto; l'interesse stesso viene compensato dai miglioramenti della proprietà pubblica che serve ai suoi usi. Una legge pontificia sulle strade pubbliche consacrava questo sistema (1).

L'opinione avversa a questa or riferita (2) si fonda sul principio generale « *qui damnum facit, damnum sarcire tenetur* ». E danno è ogni comodo di cui viene privato l'utente della pubblica via secondo il testo della L. 1, § 11 e 14, ff. *Ne quid in loc. publ.* O sia il diritto civico servitù o sia altro *sui generis*, dee rispettarsi nè può esser leso senza indennità. E non osta che il diritto civico si acquisti secondo la condizione del suolo o della cosa pubblica, che è variabile e modificabile. Imperocchè il modo s'incarna nel diritto essenziale, e diventa quindi anch'esso invariabile e non espropriabile senza indennità. Dire non compensabili i danni in quistione varrebbe far sopportare un sacrificio ad alcuni a favore di altri e danneggiare quelli col contributo della loro spesa. Chi oserebbe dire che un municipio possa, colmando una via, seppellire le case private, o, escavandola, metterne al nudo le fondamenta e farle crollare? Nè monta che l'amministrazione sia padrona ed arbitra di modificare le cose pubbliche. Lo è, ma solo per la ragione superiore di utilità pubblica e quindi a condizione inseparabile di compensarne il danno. La qual conclusione chi la deriva dalla teoria generale del danno e della proprietà, qual è consecrata dallo statuto, art. 29, e dal codice civile, articoli 436, 438, e chi dalla speciale della legge sulle espropriazioni per utilità pubblica (25 giugno 1865, n. 2359) disponente all'art. 46: « *è dovuta un'indennità ai proprietari dei fondi fra i quali dall'esecuzione dell'opera di*

(1) Editto Bernetti, 1° dicembre 1828, art. 10.

(2) GABBA, *Diritto dei fronteggianti*, ecc. (*Annali*, V, III, 15); CENNI, *Studi di dir. pubbl.*, C. C. Palermo 1° febbraio 1878 (*Legge*, 1878, p. 2, pag. 341); FOUCART, *Dr. adm.*, t. 2, pag. 326. Per maggiore svolgimento e più ampia classificazione dei sistemi si può consultare la nostra monografia *Sul diritto dei riaccordi* (*Riv. amministrativa*, febbraio 1884).

*pubblica utilità vengano gravati di servitù o vengano a soffrire un danno permanente derivante dalla perdita o dalla diminuzione di un diritto. La privazione di un utile al quale il proprietario non avesse diritto, non può mai esser tenuta a calcolo nel determinare l'indennità*»; disposizione, dicono, non di diritto singolare, ma contenente una massima e un principio regolatore di tutte le indennità, vi concorra o non vi concorra il procedimento della espropriazione a forma della legge medesima.

Finalmente per coloro che patrocinano la dottrina media la quistione è di limiti. Ammessa nell'uso civico una ragione di diritto, ne risulta che non si può togliere senza compenso. Si può tuttavia modificare ad arbitrio dell'autorità, ma la modificazione dev'essere nei limiti in cui l'interesse dei particolari utenti si comunichi e rientri nell'interesse generale, non vi sia sacrificato. Sonovi alterazioni compatibili e non compatibili col diritto essenziale. L'autorità può modificare l'uso, e se anche la modificazione sia *in deterius,* non è risarcibile purchè non sia grave nè sensibile. Anco grave e sensibile l'alterazione non dà luogo a risarcimento se essa è compensata dai beneficii dell'opera nuova. Qui tutto è rimesso all'estimazione equa del giudice (1). Il criterio di distinzione è sol questo: essere compensabile solo quel danno delle proprietà private che è rilevante, e non è compensato dai vantaggi speciali arrecati dall'opera pubblica.

Il nostro modesto suffragio è per la terza opinione. Ed eccone le ragioni che scendono dall'applicazione dei principii generali posti di sopra. Esiste un diritto all'uso civico, ma dipendente dalla moderazione dell'autorità, che è la condizione che richiama i varii diritti dei singoli all'armonia dell'utilità generale. Ne segue che i singoli hanno diritto all'uso essenziale, ma non al *modo* dell'uso. La modalità non può esser data che dal fatto dell'autorità moderatrice. Il privato non ha che il diritto di servirsi della cosa demaniale nello stato in cui è al momento attuale: l'autorità ha però il dovere di rendergli possibile l'uso secondo lo scopo suo.

La facoltà nell'amministrazione nel modificare l'uso non è solamente antecedente all'esercizio dell'uso, e data *pro una vice tantum,*

(1) C. A. Catania e C. A. Palermo, causa comune di Catania, Carnazza e Martinez (*Annali*, v, II, 347); C. C. Parigi 18 gennaio 1826 (*J. P.* XX, 63). GABBA, loc. cit.; C. A. Roma, Loti e comune di Roma, 22 dic. 1883, la più precisa e notevole.

di guisa che determinato una volta il diritto sostanziale s'incarni nel modo, e questo medesimo divenga un diritto. Ciò sarebbe contrario alla natura e alla *finalità* della cosa demaniale, che è perpetuamente mutevole secondo le varie contingenze sociali, e deve rispondere a bisogni sempre mutevoli e progredienti dalla civil comunanza. Una via che oggi risponde bene ai bisogni di una città, domani per l'apertura di nuovi sbocchi, o per l'ampliamento del fabbricato civico, non serve più se non è rialzata od abbassata, o munita di marciapiedi, o di altre opere che esigano un rimaneggiamento e una variazione di livello. Il sacrificio che da queste mutazioni risulta ai privati non va considerato in altro aspetto che in quello di tanti altri che la socievolezza c'impone come son quelli derivanti da tutti i regolamenti e ordinanze di sicurezza, igiene, sanità, decoro pubblico, onde la libertà e la proprietà stessa nostre sono continuamente ristrette e risecate senza compenso.

Di qua una conseguenza ed è che l'amministrazione non ha obbligo di risarcire i privati per certe comodità di accesso diminuite, puta se prima l'uscita al pubblico era in piano, ora acclive o con gradi ascendenti: se prima l'ingresso era accessibile con carri, ora non sia più per un marciapiedi costruito (1), se prima si avevano più accessi, ora un solo e questo basti. Nè vale obbiettare che la proprietà colla diminuzione di tali comodità è scemata, offesa. Va distinto il diritto di proprietà dello stabile dal diritto di accesso su e per la pubblica via. La proprietà medesima non fu tocca, ma sol questo diritto. Il privato, a pretendere un risarcimento, dovrebbe dimostrare che è assoluto e intangibile non il suo diritto di proprietà del fondo, ma quello sul suolo pubblico, cioè l'uso civico medesimo. Il deterioramento del modo è un deterioramento di comodità, a cui il cittadino deve soggiacere per legge di comunanza civica, senza di cui sarebbe impossibile raggiungere il fine sociale, l'armonia degl'interessi. È questo appunto quel minor sacrificio dei privati senza di cui non può raggiungersi la libertà e la utilità di tutti, e che è l'ideale dell'amministrazione sociale (2). Se il privato vuole, pur conservando i vantaggi della nuova sistemazione della cosa pubblica, restituire al suo fondo le primiere comodità,

(1) C. A. Roma 29 luglio 1880, causa comune di Roma e Cherubini (*Giur. ital.*, 1880, parte 1ª, sez. 2, pag. 858 con nota e altre decisioni ivi citate).

(2) ROMAGNOSI, *Princ. di dir. amm.*; PERSICO, *Princ.*, ecc.

riaccordandolo coi nuovi piani, deve farlo a sue spese. E questo è da dire non solo delle vie, ma delle fogne e dei canali pubblici; se avvenga in essi spostamento o altra mutazione o anche soppressione d'uno di tali manufatti onde sia necessario variare alcun poco gl'imbocchi privati o prolungare i canali privati, lo si deve fare a cura e spese dei proprietari (1), purchè sia entro certi limiti proporzionati. E così dicasi di qualunque altro mutamento si faccia per la pubblica amministrazione negli altri stabilimenti demaniali d'ogni genere.

E un'altra condizione al diritto di risarcimento sta nel compenso coi benefici correlativi. Questo elemento entra necessariamente nel calcolo del sacrificio particolare delle private proprietà, perocchè danno non s'intende se non la diminuzione di valore che ne risulta: e non è giusto da un medesimo fatto pigliare i vantaggi, ricusare gl'incomodi. Se pertanto una strada venga rialzata o abbassata e quindi gli usci rimangano in parte chiusi, ovvero le fondamenta in parte scoperte, ma d'altro lato d'una cattiva strada, sfornita di fogne, marciapiedi, canali, se ne faccia lungo la tua proprietà una buona e fornita di tali pregevoli comodità, la ragione dei compensi vuole che tu non abbia a esser risarcito dei danni più che a rifar l'amministrazione delle spese che occorsero alla nuova opera.

Si obbiettò che i comodi son comuni a tutti, e fatti a spese di tutti, compresovi il danneggiato, ma il danno è suo particolare, onde la compensazione lascerebbe quello in una condizione d'ineguaglianza: altronde i beneficii dover essere *speciali* per addurli in compensazione, come rilevasi ancora dalle *positive* disposizioni di diritto positivo, all'art. 41 della legge sulle espropriazioni per causa di utilità pubblica, che richiede il vantaggio debba essere *speciale* e *immediato* alla cosa espropriata perchè sia compensata con esso parzialmente la indennità. Ma l'obbiezione ha una risposta. Il beneficio di una buona strada è generale a tutti i cittadini, speciale a coloro che vi hanno le fronti dei loro edifici, e per lo meno è tanto *speciale* codesto beneficio quanto il *danno* che loro ne risulta. La parte di contributo alla spesa che ne paga il beneficato non equivale al beneficio che ne ritrae, e il di più costituisce uno

(1) Trib. di Roma, causa comune di Roma e Noccioli 26 genn. 1880; conf. dalla corte d'appello.

speciale vantaggio. Il quale vantaggio certo non deve egli pagare o compensare, perchè lo risente come cittadino e per la solidarietà della civica comunione. Ma non dev'essere similmente della ragione del danno? Ecco in qual senso ha da intendersi la compensazione: non nel modo aritmetico e materiale, ma in modo formale. E quindi non ha da applicarsi a questo caso quel che disponesi della espropriazione dall'art. 41, nella quale trattandosi di danno fatto colla *occupazione* della proprietà altrui, danno giuridico, danno tanto *speciale* che meglio personale e individuale può dirsi, anche il beneficio compensabile, per la ragione dei correlativi, dee intendersi individuale o materiale, come se, ad esempio, l'opera di pubblica utilità abbassando il suolo pubblico, abbia accresciuto la fronte dell'edificio, o l'abbia dotata di nuovi prospetti e di nuovi accessi (1). Ma deve all'inverso applicarsi piuttosto l'art. 42, dove si dice che l'aumento di valore non dev'essere calcolato a beneficio dell'espropriato, senza aggiungervi *speciale* e *immediato*.

Ma se il danno agli usi civici di alcuni cittadini recato dall'opera nuova sia sensibile, nè sia compensato, esso costituirà un diritto leso, un danno giuridico, risarcibile dall'amministrazione. Infatti la legge della socialità rappresentata dal diritto di moderazione dell'autorità ha un limite nel diritto stesso sostanziale. Il cittadino deve subir il *modo*, necessario per l'armonia di tutti gl'interessi, non il sacrificio intero dell'interesse, cioè dell'uso civico. La sostanza di questo è un diritto, non deve esser sacrificata. Il cittadino sarebbe escluso dalla comunione se dovesse rimaner fuori dall'interesse generale. Se dunque la rifazione d'una cosa di uso pubblico, puta la strada, porta necessaria conseguenza la privazione, la cessazione d'un uso necessario, dell'accesso per esempio, a danno di uno o più particolari cittadini, a questi si lede un diritto, si fa un danno, si deve un compenso. E siccome nelle cose umane *difficilium rerum atque impossibilium eadem conditio est,* lo stesso deve dirsi quando, ancorchè non tolto l'uso, è però talmente deteriorato che non risponda al suo fine, non si possa dir salvo nella sua sostanza. La quale deve intendersi in rapporto al genere e destinazione del fondo, puta di abitazione o di coltura, non alla specie o grado o qualità della destinazione, puta se sia casa di abitazione borghese o signorile, di semplice necessità e comodo, o di lusso.

(1) V. Sent. C. A. Roma, comune di Roma e Moraldi, 21 giugno 1882.

Nell'applicazione di questi criterii spazia l'equità e il discernimento del magistrato.

Sorge un dubbio. Se l'uso sostanziale è un diritto, la discrezione dell'autorità dee arrestarsi di fronte ad esso, nè può varcare i confini del *modo;* come dunque avviene che essa possa alterarlo sostanzialmente e sin sopprimerlo? Ragione questa, onde, non potendosi negare la facoltà dell'amministrazione, si negò da alcuni il diritto del privato al risarcimento, dacchè ammesso questo, dovea logicamente seguirne il diritto del cittadino, non solo al risarcimento del danno, ma ad *impedire* all'autorità il fatto dell'alterazione. Altri autori, principe il Gabba, si rifugiarono nel diritto speciale e privilegiato di espropriazione coattiva per conciliar le due cose; altri invece risposero col privilegio che ha l'amministrazione di non essere intralciata nel fatto suo, sia pure perturbatore dei diritti altrui, da parte dei privati offesi, salvo solo a questi il diritto ai risarcimenti, con che però evidentemente lasciarono l'autorità sotto la taccia di un arbitrio e di un'ingiustizia costante, che tale sarebbe ogni lavoro pubblico che per necessità portasse alterazione grave nelle comodità civiche dei cittadini.

A noi pare il problema potersi risolvere coi principii generali del diritto. L'autorità moderatrice d'un interesse pubblico dee armonizzare in esso sinchè può farlo gl'interessi di tutti, ma se nol possa, dee contentarsi dell'interesse de' più. Anche nell'interesse della comunione privata, la maggiorità è legge prevalente (1). La rappresentanza pubblica ha quindi il diritto non solo di regolare il modo degli usi pubblici, ma di trasformarli completamente, con sacrificio degl'interessi particolari. Di fronte a questa necessità pubblica il diritto civico diviene interesse. Ma lo diviene a una condizione, che sia compensato. Il caso è uguale a quello della espropriazione per causa di utilità pubblica, ma non il medesimo. E la differenza sta in ciò che il diritto di espropriazione ha luogo dove già non c'è legge, nè v'è magistrato che sia per sè incaricato di eseguirla, nè la pubblica utilità sia certa e dichiarata legalmente, ma abbia bisogno di esserlo con un rito, con un procedimento, con garanzie. Nel caso di lavori pubblici v'ha tutto questo; v'ha disposto di legge: v'ha l'autorità incaricata della conservazione e miglioramento delle cose d'uso pubblico: v'ha dichiarazione già fatta

(1) Cod. civ., art. 678.

della pubblica utilità di certe opere. Così la legge comunale e provinciale, la legge sulle opere pubbliche, i regolamenti relativi fanno, in fatto di viabilità, l'una e l'altra cosa, ponendo tra le attribuzioni delle autorità civiche la cura delle vie. Gli è per questo principio che la legge del 1868 sulle vie obbligatorie prescrisse che la dichiarazione della via obbligatoria fatta dall'autorità competente equivalga per tutti gli effetti a dichiarazione di pubblica utilità (1).

Non è dunque la legge di espropriazione che va applicata al caso, che non si potrebbe essendo *singularis juris* e fatta solo per le materiali occupazioni della proprietà. E neppure l'art. 46 di essa legge, comechè sembri contenere un principio generale, si può giuridicamente trarre alla specie che stiamo esaminando, vietandolo la natura della legge onde fa parte (2). Ma ben si può applicare il principio superiore da cui la stessa speciale legge di espropriazione fu informata, e donde deriva non solo la teoria del danno civile, e del quasi-delitto, ma la teoria generale di tutti i compensi: doversi risarcire e riparare quel diritto che dovette cedere di fronte alla causa pubblica per alta legge di socialità, e il cui sacrificio fu comandato dall'autorità per legge competente. Così se per imperiosa ragion di salvezza pubblica convenga romper le dighe e deviare un fiume e un torrente pubblico sul fondo privato seppellendovi messi ed armenti, codesto atto sarà certo legittimo, senza pure il rito e la solennità della legge sulle coattive espropriazioni, ma chi non troverà giusto e dovuto il compenso del danno (3)? La stessa teoria aquiliana del danno giuridico è impotente a giustificare il compenso, trattandosi di un diritto offeso non per colpa o negligenza, ma per fatto altamente giuridico della pubblica autorità, e solo per analogia e in modo improprio potrebbe dirsi quel fatto legittimo inverso l'universale, colposo inverso il privato danneggiato. Ma la verità propria e la ragion vera del compenso sta nel principio dell'equa ripartizione dei vantaggi e degli incomodi sociali, nella legge di eguaglianza, la quale impone sacrificii ai pri-

(1) Art. 11 legge 30 agosto 1868, n. 4613.

(2) Vedi sull'applicabilità dell'art. 46 la monografia sui *Riaccordi*, pag. 12, ove è più largamente svolta la tesi dei *Riaccordi* estratta dalla *Rivista amministr.*, anno 1884.

(3) V. Bonasi, *Della responsabilità*, ecc., p. 459. V. vol. 1, pag. 294 di questa opera.

vati, ma entro i limiti della pura necessità, e appunto non è necessario il *danno* ossia il sacrificio del diritto sinchè possa per equivalente ripararsi. Con queste dichiarazioni codesta dottrina coincide con quella dell'illustre prof. Gabba.

## Art. 5. — *Il regime della proprietà pubblica.*

### § 1. — **Regime del pubblico demanio.**

Seguiremo lo svolgimento giuridico del demanio pubblico nelle sue tre fasi: 1ª Formazione del demanio pubblico. 2ª Governo giuridico amministrativo del demanio e gli effetti giuridici della demanialità. 3ª Cessazione della demanialità.

#### I. — Formazione del demanio.

La prima indagine è questa: chi ha facoltà di formare la cosa demaniale? La legge designa certe cose demaniali e, per tutte, dichiara il valor giuridico della demanialità. Ma per le cose non designate dalla legge, chi crea la destinazione all'uso pubblico? Ci vuole la legge stessa o basta un fatto di governo? Fu già sopra avvertito (1) che la demanialità non essendo che un modo di uso della proprietà pubblica, basta un fatto dell'autorità amministrativa a costituirla. Così è il governo o il comune che costruisce le strade nazionali o provinciali (2), ossia designa a uso di strada una proprietà già pubblica. Anzi vi ha un modo e rito solenne che è ad un tempo prova e presunzione assoluta, per tutti gli effetti di ragione, di diritto e possesso di demanialità negli elenchi ufficiali delle vie (3). La legge non fa che dichiarare in diritto la demanialità delle strade e di altre cose pubbliche; detta puranco norme di destinazione dell'uso pubblico (4), ma la consacrazione di fatto di

(1) V. sopra art. 3.

(2) Legge sui lavori pubblici 20 marzo 1865, all. *F*, art. 1; Legge comunale e provinciale, art. 87, 116, e *Cod. civ.*, art. 432.

(3) Legge sulle opere pubbliche, art. 12, 14, 17, 18, 20.

(4) Detto art. 432; legge comunale provinciale, art. 141.

ciascuna cosa all'uso pubblico è fatta dal governo (1). La legge sarà anche necessaria per le ragioni e per gli effetti contabili, cioè delle spese e dei fondi necessari, non per la consacrazione a uso pubblico, come neppure per la cessazione di questo (2).

Ma basta egli il decreto dell'autorità, o si esige ancora il fatto della destinazione all'uso pubblico? Credono alcuni che sia necessaria l'effettiva destinazione, e non basti, p. es., sia dichiarato il tracciato d'una via pubblica: è mestieri che questa sia costruita ed aperta al pubblico transito (3). Gli articoli 429 e 432 decidono la questione. Devesi distinguere il fatto dell'autorità che destina, dal fatto dell'uso. Basta che siavi destinazione all'uso, perchè vi sia demanialità. Non è dunque necessario l'uso effettivo, p. e. il transito pubblico, perchè vi sia demanialità, basta che vi sia il decreto dell'autorità, e sia la strada già disposta in guisa da essere adatta all'uso pubblico. Il tracciato di una via non basterebbe a farla demaniale, perchè non c'è la via, la cosa, la effettiva destinazione all'uso pubblico; ma compiuta la strada, se essa per circostanza qualunque non fosse ancora aperta all'uso pubblico, non per questo sarebbe men demaniale. Ciò sarà meglio chiarito colla teoria della cessazione della demanialità.

Il decreto dell'autorità è sempre necessario? Deve rispondersi distinguendo. Un decreto formale non è necessario. Le cose dette demaniali per natura, come i fiumi o il lido del mare, i porti, i seni, o per consuetudine *(more civitatis)*, come le vie, i teatri, ecc., chi le negherebbe demaniali sol perchè non v'ha o non risulta che abbiano decreto dell'autorità competente? Ma anche in queste havvi consenso del popolo, mostrato col lungo uso e fatto, e quindi tacita volontà della rappresentanza nazionale o civica. La distinzione quindi delle cose demaniali per natura, per consuetudine, per legge non riguarda l'origine giuridica, ma l'origine storica delle cose demaniali, essendochè origine giuridica dev'essere solo la volontà del

(1) In diritto francese la creazione della strada reale dev'esser fatta per legge, mentre per le dipartimentali basta un'ordinanza del governo (Foucart, v. 2, p. 54). Ma questa regola eccezionale del diritto francese non deve passare per regola di diritto normale e applicabile al nostro diritto. Sostiene il contrario il Cenni che al comune attribuisce il solo diritto di proporre, non di creare o abolire una strada pubblica (op. cit., p. 210).

(2) C. C. Roma 2 febbr. 1880.

(3) Proudhon, Ducrocq, *Dr. adm.*, t. 2, p. 771-781.

popolo, rappresentata legalmente e secondo lo *jus* imperante nelle varie epoche storiche, il placito dell'autorità, di colui cioè, *qui jus publicandi habet* (1).

Può nascere però il dubbio sulle qualità naturali della cosa che la rende demaniale, p. e. se un flume sia navigabile o no, o abbia quella grandezza e importanza che lo rende di uso pubblico, ovvero può sorger quistione sui confini della cosa demaniale, puta sulla parte di spiaggia occupata dal massimo flusso, per determinare il lido. E domandasi in questi casi chi abbia il potere di dichiarare la qualità *(qualificazione)* o di accertare i confini *(delimitazione)*. In Francia fu quistione di ciò, e chi attribuiva piena facoltà all'autorità amministrativa di constatare la navigabilità dei fiumi, ossia l'attitudine fisica alla navigazione e al commercio, come il consiglio di Stato in un decreto del 23 giugno 1841 (2), e ciò sino a potere incorporare nuovi terreni, per uso della cosa demaniale, puta per la fortezza, salva soltanto l'indennità (3); altri invece (4) afferma essere l'autorità giudiziaria competente solo a constatare i limiti naturali, nel quale caso non potersi reclamare contro di essa dall'interessato nè per riavere il possesso, nè per la indennità: non potere però l'autorità amministrativa oltrepassare quei limiti ed estendere la proprietà demaniale, senza usare le forme e ottemperare alle condizioni della espropriazione di pubblica utilità, senza di che commetterebbe eccesso di potere. Il quale eccesso di potere non potrebbe però secondo alcuni (il Ducrocq e la cassazione in un decreto del 1° marzo 1873) essere emendato che per ricorso al consiglio di Stato, essendo incompetente l'autorità giudiziaria a pronunziarsi sia in possessorio per la reintegrazione, sia anche per la indennità. Secondo un'altra opinione (cassazione francese in un decreto del 1872) potrebbe emendarsi anche in possessorio. Secondo una terza opinione non potrebbe emendarsi in via possessoria avanti l'autorità giudiziaria, ma lo si potrebbe in via petitoria agli effetti della constatazione dei limiti naturali della proprietà demaniale e della indennità. Altri infine (lo stesso consiglio di Stato in certi casi) negano all'autorità amministrativa

(1) L. 2, § 21, H. *ne quid in loc. publ.* V. legge sui L. P. art. 16, 17.
(2) Presso Ducrocq, *Droit adm.*, II, n. 780.
(3) Commiss. provvisoria del cons. di Stato francese 1871-1872.
(4) Consiglio di Stato; Ducrocq, *Dr. adm.*, II, 801 e seg.

persino il potere di delimitazione e constatazione dei limiti naturali (1).

Dal principio del nostro diritto pubblico la quistione sembra a noi doversi decidere, in quanto alla quistione di competenza, coi riguardi all'atto amministrativo che vi sia di mezzo, e colla distinzione tra l'atto medesimo e i suoi effetti giuridici, ed eziandio (secondo la giurisprudenza finora prevalente) fra la via possessoria e la petitoria (2). Quanto alla quistione di fondo poi, deve distinguersi il caso in cui la dichiarazione della qualità della cosa controversa o la *delimitazione* cada sopra una cosa già di proprietà dello Stato, ovvero sopra un'altra che si controverta esser tale. Nel primo caso, basta l'atto dell'autorità amministrativa sol competente a fare o mutare la destinazione della proprietà dello Stato a uso pubblico o patrimoniale. Nel secondo caso, insorgendo una vera quistione di proprieta, il decreto dell'autorità amministrativa, fermi i privilegi e le disposizioni speciali della sua competenza, non solo potrà dagl'interessati essere oppugnato innanzi le autorità amministrative per illegittimità o eccesso o abuso, ma potrà discutersi agli effetti, sia della constatazione della proprietà o dei limiti di essa, sia a quelli consecutivi della indennità, in libero giudizio. E l'autorità giudiziaria, pur che sia a quegli effetti medesimi, e non già di revocare o modificare il decreto amministrativo, potrà constatare e far constatare per opera di periti le qualità fisiche e materiali che si richiedono alla dichiarazione o *delimitazione* della cosa pubblica, poichè in tutto questo non farebbesi che la quistione di un diritto offeso.

## II. — Governo del demanio ed effetti della demanialità.

La conseguenza più caratteristica della demanialità è la *indisponibilità* o la *incommercialità* della cosa demaniale. La quale si presenta nel doppio aspetto della inalienabilità e della imprescrittibilità della medesima. L'una e l'altra sono due conseguenze del medesimo principio, della indisponibilità, anzi due aspetti della medesima idea, equivalendo giuridicamente l'imprescrittibilità all'inalienabilità, come la prescrizione all'alienazione: « *alienare videtur*

(1) Vedi Ducrocq, loc. cit., p. 809.

(2) Vedi vol. I, sez. 2, cap. 4, art. 8, n. 9.

*qui patitur usucapi* » (1), benchè non sempre si accompagnino e si reciprochino, esempio nella dote, come altrove si accennò (2). Tuttavia giovi ragionarne separatamente per maggiore chiarezza, sintantochè la materia lo comporti.

È indiscutibile nel diritto romano il principio della inalienabilità delle cose demaniali cioè di pubblico uso, come conseguenza dell'esser poste fuori di commercio, conseguenza collaterale a quella della imprescrittibilità. « *Sacram vel religiosam rem vel usibus publicis in perpetuum relictam, ut forum, aut basilicam, aut hominem liberum inutiliter stipulor, quamvis sacra profana fieri, et usibus publicis relicta in privatos usus reverti, et liber servus fieri potest* » (3). La tradizione della inalienabilità nel diritto italiano non si è mai spenta, massime nei paesi dove il diritto feudale, che rendeva tutto feudale e però venale, non ebbe prevalenza.

In Francia più che dalla tradizione romana sembra essere venuto il concetto dalla storia, per reazione alla onnipotenza del principe che tutto poteva, anche alienare i beni non solo patrimoniali ma ancor demaniali (sino allora del resto indistinti) dello Stato o meglio della corona. Un'ordinanza di Carlo IX del febbraio 1566, ispirata dal cancelliere del l'Hòpital e registrata al parlamento di Parigi il 3 marzo di quell'anno, sanzionò indistintamente la inalienabilità dei beni della corona e dello Stato e non solo il pubblico ma in gran parte il dominio privato dello Stato. Ma, violato sempre questo principio dalla stessa onnipotenza reale, fu rivendicato dall'assemblea costituente francese (4), che, proclamando in principio la inalienabilità, revocò tutte le alienazioni precedenti dal 1566 in poi considerandole non come alienazioni, ma come semplici impegni *(engagements)* e riscattandoli per la somma effettiva per cui erano

---

(1) Vedi sopra art. 3.

(2) LAURENT, *Princ.*, VI, e tit. della prescrizione.

(3) L. 83, § 5, ff. *De verb. obl.*, V. pure, quanto ai monumenti, la leg. 10 C. Theod., *De oper. publ.*: « *Quicumque cujuslibet ordinis, dignitatis aliquod opus publicum quoque genere obscura impetratione meruerit, fructu talis beneficii sine ulla interpretatione privetur. Non solum enim revocamus quod factum est; verum in futurum cavemus, ne qua fraude temptetur.* Vedi anche la L. 9, § 2, D. *de adm. rer. ad civ. pert.*; L. 1 pr., L. 6, § 2, 8, 10 *de div. rer.*; § 4, *Inst. de leg.*

(4) Leg. 22 nov., art. 13, 14, 18 a 38 e 1° dicembre 1790.

stati essi beni *engagés* (1). L'inalienabilità però dei beni privati dello Stato, quantunque non ben distinti da' demaniali nelle leggi e nel codice, si considerò abolita coll'essere il demanio della corona divenuto demanio nazionale, e coll'essere quindi cessata la causa per cui furono dichiarati inalienabili anch'essi, cioè impedire le dissipazioni dei principi (2), avendo anzi la rivoluzione francese proclamato essere economicamente dannosa la inalienabilità de' patrimoni pubblici (3), esigendo però sempre una legge per le alienazioni per scambio, concessioni o vendite.

In Italia il principio giuridico della inalienabilità dei beni pubblici si mantenne sempre intatto sotto la protezione della tradizione romana e l'art. 430 del codice civile italiano non ha mutato nulla nello stato del diritto imperante, quando ha stabilito che *« i beni del demanio pubblico sono per loro natura inalienabili »*, principio che il legislatore ha voluto applicare ai beni demaniali dei comuni nell'art. 432, ove distinguendosi i beni delle provincie e comuni in beni di uso pubblico ed in beni patrimoniali, in rapporto ai primi si parla di destinazione, modo e condizioni dell'uso, solo in rapporto ai secondi si parla di forme di amministrazione e di *alienazione*, il che evidentemente implica che i soli beni patrimoniali sono alienabili.

Ma che si ha da intendere sotto il concetto di alienabilità per natura? Se si deve intendere in modo assoluto per impossibilità dell'appropriazione privata, veniente dalla natura della cosa, tanto che lo stesso legislatore non possa volendo alienare la cosa (4), questo concetto potrà applicarsi al più al demanio per natura, non a quello per consuetudine o per legge. Il suolo di una strada, d'una fortezza, un edificio pubblico, sono per loro natura suscettibili di privata proprietà, quindi alienabili. Se si ha da prendere poi nel senso relativo, cioè della inappropriabilità privata, sinchè duri la destinazione della cosa all'uso pubblico (5), la frase *per natura* non ha senso proprio, poichè la destinazione è accidentale, anzi non ha senso proprio la stessa *inalienabilità*, perchè subordinata al fatto

(1) Foucart, *Dr. adm.*, 11, p. 7; Ducrocq, *Dr. adm.*, II, n. 810 e seguenti.
(2) Laurent, *Princ.*, VI, 51.
(3) Ducrocq, *Cours de dr. adm.*, t. 2, p. 851.
(4) Legge 22 novembre e 1° dicembre 1790. Ducrocq, ivi.
(5) Ducrocq, *Cours de droit adm.*, II, 814,

della destinazione all'uso pubblico, che può cessare appunto colla alienazione: essa vorrebbe dire: *inalienabile sinchè non s'aliena.* Ondechè deriva che come le cose demaniali sono tali per natura, o per legge o per costume, così pure dovrebbe la loro inalienabilità andare distinta.

Certo il legislatore parlando d'inalienabilità per natura pare non avesse in vista che le cose demaniali enumerate da esso nell'articolo 427. E allora la inalienabilità per natura si concepisce, non mai nel senso assoluto d'inappropriabilità del suolo o della materia in cui sorge e onde consta la cosa demaniale, strada, lido, acque, mura civiche, fortezze, ma solo nel senso formale della cosa presa in tutte le sue accidentalità e congiuntamente all'uso cui serva. Ma, estesa la classificazione delle cose demaniali, anche il concetto della inalienabilità dovrà estendersi, e la parola *per natura* non resta che come ristretta e assai impropria. I giureconsulti romani aveano parlato anch'essi di cose *quas natura commercio exuerit* (1), ma parlavano veramente delle comuni, come dell'*aer, aqua profleuns, mare* (2). E parlando della cosa *in perpetuum publicis usibus relicta,* non affermavano la inutilità della stipulazione se non relativamente agli stessi usi « *quamvis vel publicis usibus relicta in privatos usus reverti potest* » (3). La inalienabilità quindi è concetto essenzialmente relativo (4). Onde gl'imperatori Arcadio ed Onorio dicevano permessa la concessione persino di pubblici monumenti, in caso che lo scopo di pubblica destinazione venisse meno: « *Si aliquando homines emergant qui a nostra clementia opus publicum sibi præberi postulaverint, nonnisi diruta penitusve distructa et quæ parum sint in usu civitatum percipiant* » (5).

La concessione anche di cose demaniali è riconosciuta efficace dalla giurisprudenza (6), e a ragione, perchè include la cessazione della demanialità.

La inalienabilità solo come effetto della destinazione all'uso pubblico, ha la sua ragione in questa, e nell'interesse di riserbare non

---

(1) L. 34, ff. *De contrahen. empt.*

(2) Ivi e *Inst. tit. de rer. div.*

(3) Detta L. 83, ff. *De V. O.*

(4) PROUDHON, *Domaine public*, I, 251.

(5) L. 15, cod. *De oper. publ.*

(6) C. C. Napoli 16 dicembre 1869; caso di concessione di diritto di uso nel comune di Napoli sulla spiaggia di S. Lucia per contratto corrispettivo. V. VARCASIA, *Il possesso,* pag. 134.

solo ai presenti tutti, ma alle generazioni future l'uso delle cose. Storicamente può derivar da natura o da consuetudine. Giuridicamente dal consenso popolare, dalla legge o dal fatto dell'autorità che consacra una cosa all'uso perpetuo. Non può dirsi che la inalienabilità s'imponga allo stesso legislatore; il diritto francese creò una tal presunzione ma al fatto la smentì. Non può dirsi che venga dal mancare il proprietario alienante, non potendo la universalità dei cittadini presenti e futuri consentire, perocchè la universalità è rappresentata giuridicamente sia dal legislatore, sia dal potere esecutivo, sia da qualunque altra legittima rappresentanza secondo il diritto imperante. La incommercialità è sempre una finzione di legge, più o meno conforme a natura, e così la inalienabilità. Non può nemmeno dirsi che lo stesso uso pubblico renda impossibile l'appropriazione privata, e così crei la inalienabilità delle cose demaniali, perocchè l'uso pubblico può cessare per l'occupazione privata e pure restare l'inalienabilità, l'incapacità di possesso e di diritto privato, ed anzi l'incommercialità è creata appunto per ovviare alle private usurpazioni.

La inalienabilità stabilita dall'art. 430 del codice italiano e 537 del francese porta seco il divieto, l'impossibilità giuridica di possesso (1), di contrattazione (2), e di proprietà privata, divieto consacrato con espressa disposizione nel codice francese all'art. 1598, che pone le cose pubbliche tra quelle che non si possono vendere e che non è nell'italiano forse perchè fu creduto inutile dopo l'articolo 430. Le cose incommerciali sono impossedibili per loro natura (3), e dato pure il possesso, questo sarebbe sempre abusivo e illegittimo (4). La inalienabilità esclude ancora qualunque diritto reale ancorchè parziale e frazionario sulla cosa pubblica, come usufrutto, uso, ipoteca, servitù, ma anche per questo s'intende in modo subordinato alla destinazione, e può quindi cessare per una concessione dell'autorità legittima. Così le strade ferrate possono darsi in proprietà risolutiva, in usufrutto, in pegno a compagnie private (5).

---

(1) Cod. civ., art. 690.

(2) Cod. civ., art. 1116.

(3) Vedi pure L. 1, § 1, ff. *Ad munic.*, e L. 239, § 8, *De verb. sign.* — Codice civ., art. 2113.

(4) L. 16, C. *De op. publ.*; BELIME, *Az. poss.*, n. 73; TROPLONG, *Prescriz.*, n. 132, 3° e 134, 4°; SCIALOIA, *Comm. al cod. di proc. civ.*, n. 620 a 622.

(5) Vedi leggi francesi 11 luglio 1866 sull'ammortimento, e legge 16 settembre 1871; DUCROCQ, *Cours de dr. adm.*, II, 794. Vedi sopra art. 3.

È pur un'applicazione della inalienabilità il divieto della medianza coattiva pei muri appartenenti ad edifici destinati ad uso pubblico (1). Altra cosa sarebbe se un privato sostenesse di avere la proprietà di un relitto di strada, o la comunione di un muro di sostegno, purchè potesse provarla con titoli (2), o anche in altro modo, poichè non sarebbe allora quistione di alienabilità o prescrittibilità di una cosa pubblica, ma di limiti tra la cosa pubblica e la privata. E così dicasi di concessioni fatte legittimamente, come accade delle derivazioni d'acque (3).

E dal principio d'inalienabilità segue che ogni concessione di cosa demaniale s'intende precaria e perpetuamente revocabile, se pur non è fatta con volontà di sottrarre all'uso pubblico in perpetuo la cosa stessa; e così pure ogni concessione di occupazione del suolo o altro fondo pubblico, puta per condurvi condotti o canali o altri manufatti, è revocabile sempre e senza indennità (4). Segue ancora che i beni demaniali sono esenti dalle imposte pubbliche, il che però in diritto positivo è vero di quelli dello Stato e di quelli dei demanii essenziali dei cômuni e delle provincie, non dei demanii *accidentali*. Ma che avverrebbe di un'alienazione di uno stabile fatta mentre perdura l'uso pubblico dalla rappresentanza legittima dello Stato, del comune o della provincia? Rispondono, sarebbe nulla, niun diritto conferirebbe all'acquirente (5). Tale conclusione a noi par giusta se non sia evidente il volere dell'autorità competente di far cessare l'uso pubblico della cosa convertendola in uso o proprietà privata, o se la natura della cosa ripugni a questa cessazione, come se si trattasse di un fiume navigabile, del lido del mare: ma non in casi diversi. L'alienazione quando sia chiara, esplicita e con cognizione della demanialità della cosa alienata importa necessariamente decreto di cessazione dell'uso pubblico, e quindi è valida ed efficace. Ma l'inalienabilità non si riduce così a una petizione di principio, come sopra si obbiettava? Forse; ma se è innegabile che l'autorità, che destina all'uso pubblico, può far cessare la destinazione, la conseguenza è inevitabile. La inalie-

---

(1) Cod. civ. ital., art. 556 (franc. 661).

(2) FOUCART, *Cours de dr. adm.*, t. 2, pag. 307.

(3) Legge sulle opere pubbl., art. 132. Vedi nella *Giurispr. ital.*, I, 2, 748.

(4) DUCROCQ, op. cit., n. 815. Vedi anche di altre conseguenze, ivi, n. 804 e seg., 827 a 830.

(5) PACIFICI-MAZZONI, *Distinzione dei beni*, n. 78.

nabilità si risolve in un principio di rigorosa presunzione contro il fatto dell'alienazione, quando è dubbio: è impotente contro il fatto medesimo. Così se il governo aliena un fondo demaniale mantenendo il servizio pubblico, l'atto di concessione non sarebbe una alienazione, ma un trasferimento precario del fondo e dei profitti, p. e. de' prodotti di navigazione se si tratta di un canale, salvo la indennità in caso di risoluzione (1). Rimarrà solo la questione se la demanialità può cessare per decreto o fatto dello Stato, della provincia, de' comuni, di che vedremo fra poco. Vedremo ancora che il principio della incommerciabilità ha più larga funzione in ordine alla imprescrittibilità, cioè all'alienazione per fatto involontario.

La inalienabilità porta impossibilità relativa di passaggio della cosa demaniale per fatto convenzionale volontario. Deve dirsi altrettanto per fatto coattivo, di espropriazione coattiva sia per causa di utilità pubblica, sia per pegno pretorio? La soluzione affermativa scende dalle cose premesse, ma alla medesima condizione, cioè sinchè duri la destinazione, cioè sinchè essa legittimamente non cessi (2).

Se le stesse rendite patrimoniali dello Stato, quando sono collocate in bilancio per provvedere alle pubbliche spese sono *inesecutabili,* molto più debbono essere le cose destinate *direttamente* a pubblica utilità. Nè v'ha distinzione da fare tra demanii essenziali o accidentali, postochè e gli uni e gli altri son posti fuori di commercio (3).

Quanto alla imprescrittibilità delle cose demaniali, sono noti i molti testi delle fonti romane che la consacrano (4). Ma contro di

---

(1) PROUDHON, *Domaine publ.*, I, 253.

(2) FOUCART, *Cours*, II, p. 29, 33; LAURENT, *Princ.*, VI, 53; C. C. francese 18 febbraio 1847 e 3 marzo 1862 (DALLOZ, 1847, I, 315 e 1862, I, 291).

(3) SAREDO, *Classif. giur. dei beni comunali (Legge*, XVI, III, 150).

(4) L. 45, ff. *De usurp. et usuc.*: « *Praescriptio longae possessionis ad obtinenda loca juris gentium publica concedi non solet, quod ita procedit, si quis aedificio funditus diruto, quod in litore posuerit, aut dereliquerit aedificium, alterius postea eodem loco extructo occupantis datam exceptionem opponat: vel si quis quod in fluminis publici diverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem jure prohibeat* ». L. 6, *De op. publ.*: « *Praescriptio temporis juri publico non debet obsistere: sed nec rescripta quidem, atque diruenda sunt omnia quae per dirutas urbes vel in foro vel in publico quocumque loco contra ornatum et commodum et decoram faciem civitatis extructa noscuntur* ». L. 9, ff. *De usurp. et usuc.*: « *Usucapionem recipiunt maxime res corporales exceptis*

essi si adduce la legge che convertì, può dirsi, in prescrizione quadragenaria, ossia in *straordinaria* e *longissimi temporis*, la imprescrittibilità delle cose di diritto privato o pubblico (1), onde la quistione che s'agita tra i romanisti (2) se le cose pubbliche anche per diritto giustinianeo, come certo pel diritto classico, rimanessero imprescrittibili o non invece potessero acquistarsi colla prescrizione *straordinaria* o *longissimi temporis*. Tuttavia par certo che nel diritto intermediario si mantenesse, non ostante le infinite confusioni ed usurpazioni delle cose pubbliche, il principio della imprescrittibilità, avendo i commentatori riserbato la disposizione anastasiana piuttosto alle cose patrimoniali dei comuni che alle cose veramente di uso pubblico.

In Italia, anche sotto l'impero delle usurpazioni feudali, S. Tommaso (3) poteva dire delle strade « *Viæ communes sunt omnibus quodam jure naturæ et gentium: propter quod prohibentur a nemine occupari nec ulla præscriptione nec quacumqne temporis causa jus de eisdem posset alicui acquiri* ». In Roma la imprescrittibilità ebbe prova e cimento grave nella rivendicazione dei monumenti pubblici operata dai pontefici (4).

---

*rebus sacris, sanctis, populi romani et civitatum, item liberis hominibus* ». Vedi toto tit. *De op. publ.* e specialmente la L. 8; L. 9, C. *de aquaed. quod publicum fuit aliquando, privatum esse non possit* etc. « *nec ulla praescriptione ad circumscribenda civitatis jura profutura* » et L. 4 eod.: « *Praetoria judicum et domus publicas oportet publico juri atque usui semper vindicari* ». V. pure L. 2, C. *Ne rei domin.*; § 1, 9, *Instit. de usuc.*, Novell. 30, c. 7; e in rapporto ai monumenti pubblici la L. 9, C. *de aedif. priv.*, e Cod. Theod., *De oper. publ.* specialmente la L. 10.

(1) L. 4, C. *De praescript.*, XXX, vol. XL annor.: « *Nullum jus privatum vel publicum in quacumque causa vel quacumque persona quod praedictorum quadraginta annorum extinctum est iugi silentio moveatur, sed quicumque super quolibet iure quod per memoratum tempus inconcussum et sine ulla re ipsa illata iudiciaria contentione possedit, superque sua conditione qua per idem tempus absque ulla iudiciali sententia simili munitione potitus est sit liber et praesentis saluberrimae legis plenissima munitione securus* ».

(2) V. ARNDTS, *Pandette*, I, § 164, nota 4.

(3) *De regim. princ.*, lib. 2, c. 12.

(4) Vedi la bolla di Martino V, *etsi cunctarum* (*Bullarium*, tom. 3, parte 2, pag. 452) che ordina la demolizione di tutte le occupazioni di vie, piazze e luoghi pubblici e degli edifici in essi o addosso ad essi costruiti; « *Quacumque temporis etiam centenarii praescriptione, legibus et consuetudinibus generalibus quibuscumque, caeterisque contrariis non obstantibus* »; Costit. Sisto IV, *esti de cunc-*

La imprescrittibilità quindi delle cose demaniali e in generale delle cose fuori commercio, consacrata dall'art. 2113 del codice italiano, e 2226 del codice Napoleone, non è che una tradizione dell'antico diritto. In Francia essa era consacrata dalla legge demaniale del 1790, la quale se esigeva poi la quadragenaria per prescrivere gl'immobili dello Stato (disposizione poi abrogata dall'articolo 2227 che li assoggettò alla prescrizione comune) deve ciò intendersi dei beni patrimoniali per conciliare le disposizioni diverse e contraddittorie, sia sull'alienabilità, sia sulla prescrittibilità che si trovano tanto nelle leggi della costituente quanto nel codice francese.

Anche in ordine alla imprescrittibilità non dee farsi distinzione alcuna tra i demanii essenziali per natura e demanii accidentali per destinazione, come risulta dalle stesse leggi romane che l'applicano ai pretorii e alle case pubbliche e ai beni della città e del popolo romano, e dalle indefinite espressioni del codice civile nelle disposizioni degli articoli 2113 e 2114 combinati cogli articoli 430 e 432.

Ma egualmente, come l'inalienabilità, così pure la imprescrittibilità deve intendersi nel senso *relativo* e non *assoluto,* cioè subordinatamente alla permanenza della destinazione all'uso pubblico di guisa che, cessando questo, il principio della prescrizione che deve nel dubbio prevalere, come quello della commercialità (1), riprenda la sua efficacia. I testi del diritto romano circa la imprescrittibilità portano chiaramente questa condizione, specialmente quello della L. 83, § 5 de V. O.; della L. 45 pr. ff. *de usurp. et usuc.*, della

---

*tarum*, 30 ottobre 1575 (*Bullar.*, t. 3, part. 3, pag. 179); Bolla di Leone X, *ex debito*, 2 novembre 1516 (*Bull.*, loc. cit., pag. 427); di Pio IV, *inter multiplices*, 23 agosto 1565 (*Bull.*, t. 4, part. 1, pag. 247); Costit. di Gregorio XIII, *quae publica utilia*, 1° ottobre 1574; Crirografo di Pio VII, 1° ottobre 1802; Editto del cardinal camerlengo, d° anno, e altro 8 marzo 1819, e il famoso editto Pacca 7 aprile 1820; legislazione confermata colla legge transitoria 28 giugno 1871. Quanto ai fatti che concordarono colle bolle sulle rivendicazioni del Pantheon, del tempio di Vesta, dell'arco di Tito e di Settimio Severo, vedi FEA, *Dissert. sulle rovine di Roma,* pag. 378. E così più anticamente gli imperatori Valentiniano, Teodosio ed Arcadio, nonchè Valente e Graziano nell'anno 367, ordinarono al prefetto di Roma di distruggere le fabbriche costruite addosso ai pubblici edifici (AMMIANO MARCELL., *Rer. gest.*, lib. 27, pag. 374, Hamb. 1609).

(1) PROUDHON, *Domaine publ.*, I, 215.

L. 6 et 15, C. *de op. publ.* E l'art. 429 del codice italiano, combinato col 432 e col 2114 evidentemente conducono alla medesima conclusione, come meglio risulterà da quanto ne resta a dire sulla cessazione della demanialità.

Dalla imprescrittibilità segue come necessaria conseguenza che ogni occupazione di fatto del suolo, o di altra cosa pubblica, non importa acquisto nè di possesso nè di proprietà nè di servitù, e costituisce una contravvenzione e un'usurpazione permanente che può essere sempre repressa e perseguitata sia coi rimedi amministrativi sia colle azioni giudiziarie. Neppure il possesso si può mai acquistare per invocare il beneficio sia della manutenzione o reintegrazione, sia della prescrizione, mancando la cosa abile a esser posseduta o acquistata, perchè posta fuor di commercio, e mancando il possesso legittimo, perchè, come sopra si disse, si considera come semplice precario (1).

L'imprescrittibilità significa poi certamente impossibilità di prescrizione tanto acquisitiva che estintiva (2); ciò è a dire che tanto il comune non può perdere per non uso il diritto di proprietà, nè il privato opporgli la eccezione di prescrizione, quanto il privato stesso non può acquistare nè con giusto titolo, nè con buona fede, nè per qualunque lasso di tempo, la proprietà della cosa pubblica.

Dovrà dirsi imprescrittibile la cosa demaniale anche allorachè consiste in un diritto incorporale, puta una servitù, un uso pubblico sopra un fondo privato? Ci pare non potersene dubitare, essendochè la servitù pubblica attiva è cosa demaniale anch'essa, come sopra si mostrò, e per di più è cosa incorporale sì, ma considerata come immobile, per la disposizione dell'art. 415 del codice civile, onde non si può perdere col non uso dal comune, nè prescriversi dal privato la libertà del fondo serviente contro di esso. Pur taluno lo negò e ammise la prescrizione in 30 anni (3). Ma a tale opinione non fu dato nè si trova dovechessia fondamento di sorta. Il dire che si tratta di cosa incorporale non vale ragione alcuna, bastando che sia demaniale, e per di più immobile per legge. È poi inutile aggiungere che, al contrario, può lo Stato o il co-

---

(1) L. 2, ff. *de via publ.*: « *Viam publicam populus non utendo amittere non potest* ».

(2) Cod. civ., art. 2105, 2135, 2137, comb. coll'art. 2113.

(3) PROUDHON, *Domaine publ.*, vol. I, § 225.

mune prescrivere, come acquistare, una servitù pubblica su cosa privata, nonchè prescrivere una privata sul pubblico (se per avventura si trovasse costituita con titolo e legittimamente) col tempo e cogli altri requisiti della prescrizione (1).

Le cose dette riguardano il governo strettamente giuridico delle cose demaniali. Vi hanno alcune regole speciali che concernono il governo politico e amministrativo delle medesime.

L'amministrazione e la moderazione delle cose demaniali e quindi degli usi pubblici che vi si riferiscono, appartengono allo Stato, al comune, all'amministrazione (2). Quanto allo Stato la cura dei beni immobili *tanto pubblici quanto posseduti a titolo di privata proprietà, fruttiferi o infruttiferi*, appartiene al ministero delle finanze in generale, e in particolare a quei ministeri che sopraintendono quel ramo di pubblico servizio al quale sono destinati (3), sintantochè duri questa destinazione, cessata la quale passano anche essi nell'amministrazione delle finanze. Quindi appartiene al ministero della guerra il demanio militare, della marina il marittimo, dei lavori pubblici quel dei ponti e delle strade, ecc.

Quanto alla provincia e al comune, il governo ne appartiene alla rappresentanza legale, cioè al consiglio, in quanto alle deliberazioni di massima: alla deputazione provinciale o giunta comunale, al prefetto o sindaco, per la parte esecutiva (4). Nell'antico diritto, e in alcuni Stati italiani, p. e. nel regno di Napoli, era quistione se la moderazione degli usi popolari appartenesse all'universalità dei comunisti, o alla maggioranza, o alla rappresentanza del comune (5). Ma la quistione è decisa dal testo delle costituzioni municipali vigenti, e conformemente al concetto moderno delle medesime e al sistema del loro organismo. Il comune può quindi destinare i beni comunali ad esser goduti in natura dagli abitanti o da' soli cittadini e questi sia originarii, sia solo domiciliati, e darli sia gra-

---

(1) Foucart, *Dr. adm.*, tom. 2, pag. 207.

(2) V. Stahl, *Philos. des Rechts*, I.

(3) Legge sull'amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale, 22 aprile 1869, n. 5026, art. 1. Quanto alle concessioni di acque, vedi legge sui lav. pubbl., art. 132, 133.

(4) Legge comunale e provinciale, art. 82, 87, 6°, 5°, 112 a 153, 154, n. 1, 172.

(5) Cenni, *Studî di dir. pubbl.*, p. 204, 210, 211; sui demanii napolitani, vedi De Franchis, *Decis.*, 97; Novario, De Luca, Capobianco, *De jure et officio baron.. ad pragm. VI de Baron.*, n. 4; Maffei, *Jur. civ. inst.*, cap. 7.

tuitamente, sia mediante un corrispettivo, nel che son da seguire gli usi tanto varii in ciò nelle varie parti d'Italia, salvo l'obbligo, dall'art. 141 della legge comunale in massima ingiunto ai comuni, dell'affittanza, e le condizioni di un regolamento da fare e di un corrispettivo da pagare (1).

Col governo e la cura l'amministrazione pubblica ha la spesa della costruzione, manutenzione e conservazione delle cose demaniali.

La legge romana che poneva tale obbligo circa le strade ed anche gli acquidotti a carico dei proprietari latistanti (2), dovendosi conciliare col concetto della proprietà e dell'uso popolare, non è se non un modo imperfetto di tassa, e non era per tutte le strade, dacchè le consolari erano mantenute a spese pubbliche, con un fondo speciale che traevasi dalle spoglie *(aes manubiale)*, o dal contributo delle provincie *(aurum coronarium)* (3). Anzi neppur per le *viæ rusticæ vicinales* avea luogo quell'obbligo, perocchè si mantenevano dai *vico-magistri* o *magistri-pagorum* talvolta bensì coll'assegnare una parte della via a ciascuno che dicevasi *exigere viam* o *collationem viarum* (4), talvolta benanche colle opere personali coattive degli utenti stessi *(munera sordida)* (5), modo simile alle opere obbligatorie delle nostre leggi vigenti (6). Il progresso della economia sociale ha reso antico e vieto codesto sistema, e la spesa delle costruzioni e manutenzioni delle cose demaniali, come delle patrimoniali, si trae dai tributi divenuti ormai generali e dalle altre rendite dello Stato, cessata essendo la destinazione o consacrazione speciale de' tributi a scopi determinati.

---

(1) SAREDO, loc. cit., pag. 150. Vedi sopra sull'art. 112 della legge comunale e provinciale, cap. 1, art, 3.

(2) L. 1, § 3, *De via publ.*: « *construat unusquisque secundum...* »; L. 1, C. *De aquaed.*

(3) EVERARD. OTT. *De tutela viar. publ.*, pag. 523.

(4) SICULO FLACCO, *De cond. agror.*, pag. 9; EVERARDO OTTONE, ivi.

(5) V. L. 27, § 3, D. *De usufr. et quemad. quis utat fr.*; L. 13, § 6, D. *De act. emp. vend.*; L. 2, § 2, D. *Ne quid. in loc. publ.*; L. 6, C. *De pign. et hypoth*; L. 12, 14, § 2, D. *De muner. et honor.*; L. 11, D. *De vacat. et excus. mun.*; L. 7, C. *De sacros. eccles.*

(6) Legge sulle strade comunali obbligatorie, 30 agosto 1868.

### III. — Cessazione della demanialità.

Come la demanialità nasce per la destinazione all'uso pubblico, così finisce con tutti i suoi effetti giuridici per la cessazione di tale destinazione. Tale è il principio semplicissimo della materia; pure vi si presentano moltissime e gravissime quistioni.

In prima la cessazione può essere *espressa* o *tacita*. Lo prova l'analogo modo di formazione (1), la quale come succede o per decreto di autorità o per natura e costume, i quali ultimi due modi, riannodandosi per ragione di diritto al volere dell'autorità, sono una manifestazione tacita del medesimo: così medesimamente deve avvenire della cessazione. Le espressioni dell'art. 429 che le fortezze e tutti i beni demaniali passano nel patrimonio quando più *non abbiano tale destinazione* o *cessino di essere destinati* all'uso pubblico, evidentemente si riferiscono non ad un decreto formale che dichiari la cessazione, ma ad un modo oggettivo qualunque ond'essa sia avvenuta.

Eppure fu grave questione specialmente in Francia se a cessare la demanialità occorra l'atto formale dell'autorità, o basti il non uso, il tempo, l'abbandono (2). E vi fu chi negò ogni modo di tacita cessazione come il Pothier, l'Isambert (3), il Dufour (4), il Ledru-Rollin (5). E v'ebbe chi ammise la cessazione tacita, ma di questi alcuni per il semplice *non uso* o abbandono, o trentennale come vuole il Garnier, o immemoriale come chiede il Dunod (6). Altri, distinguendo, ammettono la cessazione tacita per certe cose in cui non si richiede una classificazione o un decreto dell'amministrazione, p. e. per il lido non più coperto dai flutti, esigendo per le altre, p. e. le fortezze, un decreto dell'autorità (7). Infine

(1) L. 35, ff. *De R. I.*

(2) V. Dalloz, *Rép.*, v. *Domaine publ.*, n. 62; Curasson, *Compétence, poss.*, sect. iii, n. 8.

(3) Isambert, *Voirie*, n. 374 e seg.

(4) Dufour, *Droit admin.*, tom. 3, n. 1420.

(5) Ledru-Rollin, *Table du Journ. du palais*, v. *Domaine publ.*, n. 121 e seg.

(6) Troplong, *Prescript.*, n. 163; Carou, n. 402; Garnier, *Chemins*, p. 294, 4ª ed.; Vazeille, *Prescription*, n. 92; Laferrière, *Droit public*, p. 133; Proudhon, *Domaine public*, vol. i, § 216 e seg. e gli autori ivi citati.

(7) Marcadé, art. 2227; Cormenin, *Droit adm.*, p. 266; Robion, *Chemins vicinaux*, p. 46; Hennequin, *Journ. de cons. munic.*, ii, p. 68; Laurent, *Princ.*, vi, 59.

un'altra distinzione si enuncia da alcuni autori, ed è tra il *non uso semplice* e l'uso *contrario* prolungato o l'impossibilità del medesimo per deperimento della cosa: negando che quello possa far cessare la demanialità, ammettendolo per questo (1).

I principii e la legge decidono nettamente, a nostro avviso, la quistione (2). La destinazione *(affectation)* all'uso pubblico genera la demanialità: la cessazione della destinazione la fa cessare. E come il volere dell'autorità è implicito o esplicito, è presunto dalla natura della cosa o dalla consuetudine, per originare la demanialità, così può essere per abolirla. Astraendo da ogni principio soggettivo del volere dell'autorità, bisognerebbe negare che col solo fatto oggettivo della cessazione dell'uso, indipendentemente da quel volere, la demanialità potesse cessare. In questo senso ha ragione, ci pare, il Wodon (3), che non degli atti del pubblico utente, ma della intenzione dello Stato espressa o tacita si debba tener conto. Noi diremo meglio che si possa tener conto di quegli atti in quanto da essi la volontà dello Stato possa apparire, non potendo dividersi e separarsi così recisamente quelli da questa. Ma riferendo il fatto oggettivo al principio giuridico del voler popolare, o della sua rappresentanza, si può bene ammettere una forma di cessazione tacita e di fatto accanto a quella espressa e di diritto. Le frasi del resto della legge, di sopra notate, conducono alla stessa conclusione.

Rimane ora solamente a cercare, per quali modi o fatti si possa indurre codesta cessazione tacita. Dal solo non uso o decorso del tempo, dal lasso trentennale, dall'immemoriale? Ci vuole un fatto positivo contrario, o basta il fatto negativo? E per fatto positivo contrario varrebbe il possesso stesso del privato occupatore? Ecco le quistioni su cui variano i citati autori.

E prima di tutto, è certissima cosa che non basti il fatto negativo cioè del *non uso* del popolo e nemmeno il fatto positivo dell'occupazione del privato. È testuale in diritto romano che « *Viam*

(1) Proudhon, loc. cit. ed altri; Persico, *Princ. di dir. amm.*, i, p. 19; V. Scialoia, *Foro ital.*, 1880, i, 1116 nota; Belime, *Az. possess.*, n. 237; C. C. Palermo, 3 aprile 1875 (Varcasia, *Possess.*, p. 132).

(2) Non accade avvertire che il volontario scioglimento dei pascoli promiscui, contemplato dall'art. 682 del codice civile non ha che fare colla cessazione della demanialità o usi delle cose pubbliche. Quei pascoli sono diritti non pubblici ma particolari dei singoli proprietari.

(3) Wodon, *Traité des choses publiques*, n. 24 e seg.

*publicam populus non utendo amittere non potest* » (1). D'altronde, ciò discende dal principio della imprescrittibilità, il quale mancherebbe davvero di ogni utilità, se dovesse cessar di produrla al momento che l'uso pubblico cessa di fatto o nasce l'usurpazione privata, cioè al momento che dovrebbe proteggere appunto l'uso pubblico e reprimere l'abuso privato. Sinchè dura il fatto dell'uso pubblico libero e pieno, esso si protegge a così dire da per sè: l'imprescrittibilità in questo senso sarebbe appunto una petizione di principio: *non usurpare sinchè non si usurpi.* Non si può quindi parlar di lasso di tempo lungo o lunghissimo, sia dalla cessazione dell'uso pubblico, sia dall'occupazione privata di cosa pubblica, all'effetto d'indurre la cessazione della demanialità. Sarebbe un riprodurre la quistione della prescrizione sotto la forma della cessazione della demanialità perchè l'una equivale l'altra. Dire che il non uso e il tempo non fa prescrivere, ma fa cessare la demanialità, è una contraddizione o un giuoco di parole. Il non uso, l'abbandono di fatto e l'occupazione privata potranno essere elementi che concorrano ad arguire la cessazione, la volontà di cessare, l'abbandono di diritto e di proposito, ma per sè stessi non possono mai costituirla. Ed è una pura contraddizione coi suoi principii quella in cui cade il Proudhon, il quale dopo aver sostenuto la distinzione della prescrizione dalla cessazione della demanialità, ricade nella confusione, affermando poi che il lasso di 30 anni fa presumere l'atto di soppressione legale (2).

Che s'avrà da dire però del disuso e del possesso immemoriale? La questione è diversa da quella della imprescrittibilità, ed è tutta speciale, perocchè essa riguarda la natura e la forza dell'immemoriale: se la sua efficacia è prescrittiva o presuntiva: se equivale a un titolo solenne anzi al miglior dei titoli o no: se essa sia costituita da un lasso di tempo, il cui principio s'ignori dai viventi o vi debba concorrere colla ignoranza dei viventi quella dei documenti; se basti che se ne ignori il principio, o debba concorrervi la vetustà centenaria e ultracentenaria (3). Non è nostro còmpito

(1) L. 2, D. *De via publ.*

(2) PROUDHON, *Domaine publ.*, vol. I, § 230.

(3) V. SCHUPFER, *Digesto italiano*, v. *Ab immem.*; MERLIN, *Repertorio*, v. *Prescrizione*. Vedi in materia di acque sentenze — Comune di Roma contro Silvestri — id. contro Jacoacci — Id. contro Turrio — Id. Torlonia (Colonnette).

il trattare una questione sì complessa e aliena dal nostro proposito. Al quale basterà dire questo che, non potendo mai parlarsi di prescrizione in fatto di demanii, e neppur di titolo di concessione o alienazione altra: non potendosi invece trattare che di volontà tacita del popolo o de' suoi rappresentanti a far cessare la destinazione della cosa all'uso pubblico, l'immemoriale non può avere altro peso nella coscienza del magistrato che fosse chiamato a pronunciare su tale indagine che quello di una congettura o argomento da indurne codesta volontà, cioè di un titolo. Se il lasso del tempo è grave: se il disuso del pubblico, il possesso privato è accompagnato da tali circostanze da indurne la certezza che non fu nè semplice incuria dell'autorità o sventura del popolo, nè abuso o usurpazione dal lato dei privati: se si provi la dispersione del titolo (1), o se la occupazione immemoriale sia anche innocua al pubblico (2): il magistrato potrà pronunciare che quella tal cosa cessò di essere destinata all'uso pubblico; in caso e circostanze contrarie, giudicherà contrariamente.

Non dissimilmente dee dirsi dei fatti e degli usi contrari, come la degradazione, il deperimento, la rovina degli edifici o manufatti o delle altre cose demaniali. Nemmeno per questi fatti può assolutamente enunciarsi che la cosa passa dal demanio al patrimonio, o cessa comunque di esser demaniale. Il principio della cessazione *tacita* sanzionato dall'articolo 429 è la cessazione non dell'uso, ma della *destinazione all'uso,* la quale non è cosa di puro fatto e transitoria, ma e di diritto e di fatto e perpetua (3). Bisogna quindi ricercare se le mutazioni avvenute siano irreparabili e rendano impossibile la continuazione dell'uso pubblico, o altrimenti. Il primo caso, cioè quello della impossibilità, è il solo in cui si possa assolutamente e genericamente dire cessata la demanialità, come se il fiume abbandoni il suo corso, o il lido sia lasciato scoperto dal massimo flutto. La natura è qui argomento decisivo per la cessazione come per la formazione della demanialità. Il lido scoperto cessando di essere demaniale, diviene patrimonio dello Stato (4). Il fiume divenuto non navigabile nè fluitabile diviene però non patri-

(1) L. 10, C., *De fid. instr.*

(2) ROMAGNOSI, *Acque*, n. 101.

(3) Vedi sopra § 1, I; SCIALOIA, *Comm. al cod. di proc. civ.*, n. 681, 694, 706.

(4) LAURENT, *Princ.*, VI, 59; PACIFICI-MAZZONI, *Distinz. dei beni,* 77, 256.

moniale dello Stato ma dei rivieraschi, benchè alcuni pensino che divenga comune (1). Perchè dei rivieraschi e non dello Stato medesimo a titolo di dominio privato? Perchè, lo dicemmo già, è accessione del letto e delle ripe che sono appunto proprietà dei frontisti.

Fuori dei casi d'impossibilità costante e perpetua, non si può dire pel solo fatto cessata la destinazione, se non concorrono circostanze di tempo, di luogo, e indizii di presunto definitivo abbandono per parte del popolo e dell'autorità. Sinchè il guasto e la rovina è reparabile, o sinchè non sia chiaro che non si voglia omai più riparare, non può dirsi cessata la destinazione. La sola inidoneità accidentale o riparabile allo scopo cui era destinata la cosa, non fa cessare la demanialità (2), nè prescriverla quindi in 30 anni, come pensa il Proudhon (3), a contare dall'annientamento dell'uso pubblico pel deperimento della cosa.

Ma a qual momento si presume cessata la destinazione per potere da esso contare la prescrizione? È questa una quistione di fatto, da lasciarsi all'apprezzamento del giudice (4). Nel dubbio si dee presumere per la continuazione della demanialità: la cessazione dev'essere provata da chi l'afferma (5).

Veniamo alle applicazioni. Se in una strada il transito è abbandonato solo momentaneamente, la strada non cessa di esser tale. Ma se ne venga coltivato il terreno diviene patrimoniale (6), purchè ciò sia fatto dalla stessa amministrazione; se lo fosse da un privato abusivamente, dovrebbe dirsi al contrario, e così pure, dice il Proudhon (7), se fosse la via ingombra per una frana, purchè sia rimasta distinta dalla proprietà contigua. Ma perchè altrimenti, se il privato frontista l'avesse incorporata nel suo fondo di suo arbitrio? Al contrario la completa distruzione della via e delle opere inerenti, la occupazione sua o coltivazione, il lasso del tempo (8), l'assenza d'ogni indizio di rivendicazione per parte dell'autorità e

(1) Laurent, ivi; Pacifici-Mazzoni, *Distinz. dei beni*, 77, 256.

(2) *Contra* Foucart, *Dr. adm.*, ii, p. 306.

(3) Proudhon, *Domaine publ.*, t. 1, § 218.

(4) C. C. franc. 18 marzo 1845 (Dalloz, 1855, i, 206); Laurent, *Princ.*, vi, 59.

(5) Scialoia, *Foro ital.*, 1880, part. i, pag. 1117.

(6) Proudhon, *Domaine publ.*, ii, 217.

(7) Ivi, § 224.

(8) Ivi, § 227.

di mala fede per parte degli occupanti, potrebbero far dedurre la cessazione della destinazione. E così la creazione di un'altra strada che renda affatto inutile quella abbandonata (1), purchè congiunta ad altri fatti concorrenti al medesimo effetto (2). Il caso frequente è dei frastagli o lembi di via sparsi adiacenti *(enclaves)* occupati dai rivieraschi. Essi sono imprescrittibili certamente, perchè, rimanendo pubblica la via, non cessa la demanialità nell'intero, e così nei suoi accessorii per l'unità e l'indivisibilità sua. E così dicasi della dipendenza d'una fortezza o altra cosa demaniale qualunque (3), nonchè, *a fortiori*, del sottosuolo delle vie e luoghi pubblici occupato, o d'altre servitù indottevi dai privati. Se poi i relitti della via sono in conseguenza di un raddrizzamento della medesima operato dalla stessa autorità, questi passano subito nel patrimonio pubblico (4).

Se una fortezza ruinò per impeto di guerra o per forza divina, non per questo cessa di essere demaniale (5); e neppure a nostro avviso se si lasci in ruina per alcun tempo e se alcuno se ne sia impadronito prima che si riparasse (6). Solo una diversa destinazione data dall'autorità a tali manufatti o parti di essi, o altri argomenti non di trascurata manutenzione, ma di positivo abbandono, farebbero presumere la cessazione secondo l'art. 429.

La ruina di una chiesa, di un monumento, di un altro edificio pubblico fa cessare la demanialità sua? Affermano alcuni semplicemente, sull'esempio dell'usufrutto privato che cessa colla ruina dell'edificio (7). Ma, ammessa l'analogia, l'uso pubblico dovrebbe pur continuare sulla parte rimasta, o sull'area e i materiali, e non cadere questi nel patrimonio dello Stato, come tali autori pur sostengono. Ma la questione ritorna sempre la stessa. La ruina fa

---

(1) FOUCART, *Dr. publ. adm.*, tom. II, pag. 305.

(2) FOUCART, *Dr. publ. adm.*, t. II, n. 797; PACIFICI-MAZZONI, *Distinz. dei beni*, 77, 256.

(3) PROUDHON, ivi, § 226, che cita a proposito l'ordinanza di Blois, art. 366. Non osta l'art. 22, comma 3° della legge sulle opere pubbliche.

(4) LAURENT, *Princ.*, VI, 57, 58; PACIFICI-MAZZONI, *Distinz. dei beni*, 77, 256.

(5) PROUDHON, ivi: « *Vestigia perpetuo clamant ad dominum* ».

(6) *Contra*, PROUDHON, ivi e § 219; LAURENT, *Princ.*, VI, 59; C. C. 30 luglio 1839 (DALLOZ, *Rép.* v. *Domaine publ.*, n. 62).

(7) L. 5, § 2, D. *Quib. mod. ususf. fin.*, art. 519, 520 cod. civ. (523, 624, 625, C. N.).

cessare la destinazione? Fa cessare l'uso, non la destinazione la sola ruina. Sospende la destinazione, non la fa cessare. Ci vuol dunque, alla cessazione, qualche cosa di più; ci vuol l'abbandono, e questo non solamente negativo e di pura negligenza o impotenza, ma *positivo*, di proposito a non più riparare. Il lasso del tempo per cui giacque la cosa in abbandono non è neppure argomento positivo e trionfante, se le circostanze dei tempi, la impotenza, la barbarie si opposero alla riparazione. Questo voglion dire i testi romani suallegati, «*praetoria judicum et domus publicas oportet publico juri atque usui semper vindicari*», questo l'osservanza delle rivendicazioni in ogni tempo ordinate e fatte per leggi e decreti d'imperatori e pontefici. E non osta la citata legge 15 *de oper. publicis*: «*nonnisi diruta poenitusque destructa et quae parum sunt in usu civitatum*», perocchè qui si tratta non di semplice abbandono, ma di concessione, cioè del fatto dell'autorità. Ci concorre da un lato la distruzione del monumento e l'inservibilità sua allo scopo, dall'altro la volontà legittima dell'imperante.

Da qui dipende la soluzione della quistione tanto agitata della proprietà dei monumenti pubblici. Essa a questo punto si presenta in questa forma: il rovesciamento, il sotterramento ed abbandono di un monumento pubblico ne fa cessare la demanialità, e a chi esso appartiene rinvenuto che sia?

Innanzi tutto è da chiarire la questione. Il monumento, come lo dice la sua etimologia, in generale, è «*res memoriae causa in posterum prodita*» (1). Non è dunque pubblico per sua natura: può essere pubblico o privato, secondo che tal fu chi lo costrusse, o lo acquistò legittimamente, e secondo che lo scopo per cui venne eretto fu l'utilità, il decoro e l'abbellimento pubblico o privato. In lato senso può dirsi monumento un'opera che quantunque non importi alla storia, importi all'arte, e anch'esso, benchè il suo fine sia il *publicum decus* (2), può essere privato secondo le condizioni dianzi accennate. Il monumento è dunque pubblico quando *publice factum est*, per causa, autorità, spesa, scopo pubblico, come ogni altro edificio. È poi da distinguere la quistione di *proprietà* da quella della *polizia* dei monumenti, la quale nel senso dell'arte e del decoro pubblico è esercitata dallo Stato non solo sui pubblici,

(1) L. 42, D. *De relig.*
(2) Costantino in L. 6, C. *De aedif. priv.*

ma ancora sui privati monumenti. A questa si riferiscono le leggi di tutti gli Stati che concernono gli obblighi dei possessori alla conservazione, la sorveglianza, la preferenza e l'autorizzazione dello Stato in caso di alienazione, il diritto di esportazione all'estero e simili (1). Ma tuttociò non concerne la quistione di proprietà, la quale non può esser definita da leggi speciali, ma dai principii generali del diritto comune e dal codice. In quanto alla proprietà, il riguardo del monumento come tale è perfettamente indifferente alla quistione. Questa è la medesima che per gli edifici d'ogni genere, i quali per esser pubblici debbono averne i titoli e i caratteri.

Ne risulta che tutti gli edifici ed oggetti privati, abbiano pure carattere monumentale artistico o storico, siano pure antichissimi, debbono, a giudicarne della proprietà, se immobili, considerarsi come accessioni del fondo (2), e siano o no sotterrati e poi discoverti, appartenere al proprietario di esso. Se poi sono mobili, non possono altrimenti giudicarsi che secondo le disposizioni concernenti l'estensione della proprietà immobiliare (3), l'accessione dei mobili agli immobili dell'art. 447, o, più veramente, secondo le norme del tesoro, inteso non nel senso ristretto della legge romana, ma lato, di qualunque oggetto mobile di pregio che sia nascosto o sotterrato (epperò anche dei tesori artistici dell'antichità) e del quale nessuno possa provare di esser padrone (4). E dicemmo *più veramente,* non potendosi il diritto di accessione estendere a cosa di natura tanto eterogenea al fondo principale, quanto sarebbe una statua, o un obelisco, o una pittura, a un orto, a un podere, a un nudo suolo fabbricativo, e doversi trattare piuttosto alla stegua delle leggi sui possessi ignorati o beni vacanti, sulle prescrizioni, sulle occupazioni per invenzione.

Nè v'è controversia alcuna che a tale dottrina concernente antichità, oggetti d'arte o monumenti privati abbiano, in rispetto alla questione di proprietà, pregiudicato le leggi speciali antiche o mo-

---

(1) V. una circolare del ministro della pubblica istruzione 3 agosto 1870 (*Legge,* II, 1870, pag. 324); Legge sugli scavi ed antichità. Editto del cardinale Pacca 7 aprile 1820.

(2) Art. 414, 446, 447, 448.

(3) Art. 435, 440 cod. civ.

(4) Art. 714 cod. civ. L'idea dell' accessione e del tesoro sono ristrette, inapplicabili al caso singolare degli oggetti di un'altr'epoca. Sono congeneri al fondo. Si sa che appartengono allo Stato, erede universale e supplettivo di tutti.

derne emanate in questa materia. Esse riguardano tutte la polizia dei monumenti. Tale la costituzione costantiniana (1) che vieta di trasportare marmi e colonne *de propriis domibus* altrove che non fosse in altra città. La costituzione succitata e gli editti dei pontefici riguardano bensì, oltre la polizia, le rivendicazioni e la proprietà dei monumenti, ma si riferiscono alle strade, piazze e ai luoghi pubblici. Lo statuto della città di Roma tratta di tutte indistintamente le cose antiche, ma solo dall'aspetto della tutela e conservazione (2). Similmente l'editto Pamphili del 1802 sotto il pontefice Pio VII, che vietava l'esportazione da Roma di statue, bassorilievi, pitture, ed in generale di tutti gli oggetti conosciuti sotto il nome di antichità, ma permetteva la vendita e il commercio di tutti i detti monumenti ed oggetti d'arte in Roma e nello Stato. Nè altrimenti l'editto Pacca del 7 aprile 1820, che, quanto agli oggetti mobili rinvenuti negli scavamenti, li fa del proprietario del fondo, salvo all'inventore fortuito la metà del ritrovato, o all'inventore non fortuito i diritti che ha stipulato col padrone del fondo. In quanto agl'immobili, senza distinzione di privati o pubblici, ordina la conservazione degli antichi monumenti, e solo in caso che si riconoscessero di particolare riguardo, autorizza lo Stato a isolarli e praticarvi un accesso, espropriando il terreno e indennizzando di questo il proprietario (3), ma non contiene alcuna particolare disposizione che concerna la proprietà privata o pubblica. Le leggi italiane poi e i progetti di legge recenti, del 1872, del 1877, non solo non intesero a modificare il diritto relativo ai monumenti, originariamente privati e a far di questi, sol perchè antichi, una proprietà pubblica, ma si pronunziarono piuttosto per l'opposta tendenza (4).

Eliminati pertanto i monumenti privati, pei quali non sarebbe quistione di cessazione di demanialità e d'imprescrittibilità, ma di

---

(1) L. 6, cod. *De aed. priv.*; L. 4, 6, C. *De oper. publ.*

(2) *Statut. urb.*, lib. 3, cap. 81: « *Ut antiqua aedificia decorem urbis perpetuo repraesentent, cuiusvis status, aut conditionis, quaecumque extra urbem sunt, etiamsi intra propria praedia vel possessiones existant, quovis quaesito colore diruere aut deminuere, aut dirui, vel deminui facere audeat vel praesumat* ».

(3) Vedi art. 42, 44, 46, 49.

(4) V. disegno di legge sulle antichità presentato il 1872, relazione della commissione del senato sul medesimo; il disegno modificato dell'ufficio centrale presentato e discusso nelle tornate 23, 24, 26 novembre 1877.

acquisto dello Stato, la controversia circa la cessazione della demanialità per la ruina o pel sotterramento dei monumenti, riducesi ai monumenti o altri edifici e cose originariamente pubbliche.

La corte d'appello di Catania (1) si pronunciò per la cessazione della demanialità nel caso dell'anfiteatro di quella città, *ab antico* abbandonato, rimasto poi sepolto, e la corte d'appello di Roma (2), nel caso di un antico colombario con pitture sui muri rinvenuto all'Esquilino, messa da parte la distinzione fra privati e pubblici monumenti, pure sentenziò in generale cessata per tutti la destinazione colle vicende sociali, col lungo sotterramento delle cose, e diventati i monumenti accessioni del suolo e pertinenza del proprietario di questo. Un'altra decisione della corte d'appello di Roma dell'anno 1882, in causa tra il ministero della pubblica istruzione e il marchese Savorelli, a proposito dell'anfiteatro di Sutri, decise per la proprietà dello Stato, perchè il monumento non provavasi essere mai stato in possesso del privato, ragione che non contraddice, anzi direttamente conferma la teoria delle altre decisioni, cioè la cessazione della demanialità pel lungo sotterramento delle cose demaniali sotto i fondi privati (3).

Certo non diremo decisa la grave questione colle leggi speciali e coll'editto Pacca. Il quale non intese decidere la proprietà dello Stato sui monumenti immobili antichi quando prescrisse che sola indennità a pagarsi fosse quella del suolo occorrente alla conservazione del monumento e all'accesso. Non disse con ciò che la proprietà era dello Stato, nè v'era ragione a decidere tale quistione dacchè il monumento rimaneva visibile e accessibile a tutti, e raggiungeva lo scopo di pubblica utilità anche rimanendo proprietà del privato. Nè d'altronde pensiamo che tali quistioni abbiano a decidersi con leggi speciali, nè è còmpito di leggi attribuire le proprietà a questi o a quelli, ma ufficio esclusivo dei magistrati, in

---

(1) C. A. Catania, 1° settembre 1880, causa Finanze e Valsavoia (*Foro ital.*, detto anno, part. 1, pag. 1116 e la bella nota del prof. V. Scialoia).

(2) C. A. Roma 10 aprile 1876, causa compagnia fondiaria italiana e ministero della pubblica istruzione.

(3) Tale decisione fu annullata dalla cassazione di Roma con decisione 6 dicembre 1876 (*Annali*, 1877, I, 12, 125) per errata interpretazione della legge Pacca, mantenuta in vigore dall'art. 5 della legge transitoria 28 giugno 1871. Vedi su questa legge le sentenze della corte d'appello e di cassazione di Roma nella celebre causa Sciarra e Governo per i quadri sottratti nella galleria Sciarra (1894, 1895).

applicazione dei codici e dei principii di diritto. E bene fecero sinora, a nostro avviso, i legislatori italiani a non tradurre in leggi quei progetti di cui sopra si fe' cenno, e che evidentemente miravano a definire la proprietà delle cose antiche a favor dei privati, anche senza distinzione di monumenti privati o pubblici. Come pure ogni giureconsulto si rifiuterà, noi crediamo, a ritener decisa così assolutamente la quistione dall'art. 83 della legge 25 giugno 1865, sulle espropriazioni per causa di utilità pubblica, ove è scritto che « *ogni monumento storico o di antichità nazionale che abbia natura d'immobile la cui conservazione pericolasse continuando ad esser posseduto da qualche corpo morale o da un privato cittadino, può essere acquistato dallo Stato, dalla provincia e dai comuni, in via di espropriazione per causa di utilità pubblica* », cioè colle forme e colle indennità della legge (1). Codesta disposizione fu evidentemente scritta per sottrarre ai privati i monumenti privati, non per definire che tutti i monumenti antichi son tali. Ogni altra intelligenza sorpasserebbe lo scopo e la intenzione del legislatore, come la opportunità del luogo in cui la disposizione si faceva. Di più il legislatore ebbe in vista monumenti già posseduti da privati, non quelli da discoprirsi ancora.

Rimarrà dunque sempre la quistione della continuazione o cessazione della demanialità dei monumenti pubblici che si van ritrovando o discoprendo. La quale quistione non potrà mai, a nostro avviso, risolversi in modo assoluto, ma solo argomentando dalle congiunture dei fatti la cessazione della demanialità giuridicamente un tempo stabilita.

Se le indicate sentenze bene o male apprezzassero tali congiunture di fatto, non è còmpito della dottrina indagare. Ben può questa dire che non propriamente fu posta la quistione, quando si propose solo l'indagine se i monumenti rovesciati o sepolti per cataclismi naturali, incursione e devastazione di nemici o di fanatici, e quindi per l'incuria degli uomini negletti, siano per ciò solo cessati dalla loro destinazione, e divenuti quindi col lungo lasso di tempo accessioni di proprietà private o tesori: e male poi la quistione si risolvesse col pronunciare così recisamente cessata la demanialità e la proprietà pubblica. Chi oserebbe dire che se la sciagura di Pompei fosse toccata al Colosseo, al Partenone, al Pantheon, questi

(1) Detta legge, art. 84, 85.

monumenti ridonati alla luce sarebbero diventati proprietà dei possessori degli orti e delle vigne sorti sulla terra che li ricopriva? E chi oserebbe dire che la Via Sacra era diventata proprietà dei particolari, e che i pontefici che rivendicarono gli archi di Tito, di Settimio, il tempio di Vesta, il Pantheon stesso di cui certo era *ab immemorabili* cessata la destinazione per gl'ingombri e le occupazioni private, commisero ingiustizia se non indennizzarono i proprietari? E quale finanza di Stato o di Regno potrebbe pagare l'indennità del Colosseo o del Pantheon o del Partenone discoperto?

Ma le assurdità si cessano, ove si tengan fermi i principii e ben si ponderino i fatti. Bisogna distinguere il disuso dall'uso contrario: il rovesciamento, il guasto, il nascondimento fortuito, l'incuria dall'abbandono voluto, positivo, deliberato. La cessazione dell'uso non è la cessazione della destinazione. Bisogna consultare la natura stessa della cosa demaniale, la sua importanza, lo stato d'integrità o di guasto o di deperimento in cui si trova, per presumere o meno l'abbandono della cosa demaniale al possesso e al diritto privato. Il lungo, immemorabile sotterramento non basta da solo a perimere la demanialità. E neppur, a nostro avviso, la proprietà pubblica. È il monumento pubblico parte, accessione o *prodotto* del suolo, secondo l'intelligenza degli articoli 440, 443, 446, 447, 448? E in questo caso medesimo non saremmo nella eccezione dell'art. 448, nel caso cioè in cui consta che la costruzione fu fatta a spese altrui, e non dovremmo applicargli il disposto dell'art. 450, ultimo capoverso? E allora la disposizione sul tesoro dell'art. 714 sarebbe inutile, quanto alla parte del proprietario, e ingiusta quanto a quella dello scopritore. Le disposizioni stesse sul tesoro, come quelle sulle miniere, non consacrano invece il principio che separa la proprietà del fondo da quella delle materie eterogenee che vi stanno nascoste? Può dirsi al suolo unito naturalmente o coll'arte (art. 443) un monumento ignorato e sepolto sotto di esso? Il possessore del fondo può dirsi che possieda codesta materia, che ignora, che non immagina neppure? Ma a parte il possesso, perchè il principio delle cose mobili rinvenute nel fondo non si deve applicare alle cose immobili, ma eterogenee, e darle al proprietario del suolo sol quando s'ignori il padrone di esse? Ora il padrone dei monumenti pubblici non s'ignora. È lo Stato o il comune. Dovrebbe provarsi aver questo perduto la proprietà per la prescrizione. Ma le cose demaniali non si prescrivono. Dovrebbe provarsi la cessazione della demanialità,

cioè della destinazione ad uso pubblico: ma se si tratta di un teatro o di un anfiteatro, di un tempio, di una basilica, di un fôro rimasti intatti o in istato di sufficiente conservazione, la prova è tanto più difficile, nè ci sembra che tale sia l'aver lasciato per incuria lo Stato che si costruisse edificio o coltivasse la terra sopra il monumento.

Sarà più facile provare che i privati che costruirono edifici sopra i monumenti pubblici o coltivarono il soprassuolo in buona fede, non saranno per questo costretti a demolirli senza indennità, perocchè essi fabbricarono o coltivarono il suolo proprio, che tale era quello formatosi sui monumenti sotterrati, ma non che abbiano acquistato servitù o proprietà sui monumenti medesimi.

Nè la lite ci sembra finita neppure per le cose demaniali mobili. Le ragioni medesime alimentano questa, come l'altra sugl'immobili. Anzi il non potersi esse indubbiamente comprendere fra le accessioni che s'incorporano o s'uniscono al suolo a senso degli articoli 414, 440, 446, 447, 448, ma il doversi invece riportare alle cose mobili, cioè al tesoro, nel caso che se ne ignori il proprietario, proverebbe che tali monumenti, non potendo esser trattati nè come accessione nè come tesoro, rimangano del proprietario di cui già furono. Rimarrebbe sempre la quistione della cessata demanialità per presunzioni di fatti, che non dovrebbe trattarsi con criterii diversi da quella degl'immobili, perocchè una cosa mobile è pur demaniale. Varierebbe la congettura che si ritrae dall'importanza, essendo una cosa mobile meno importante, più facile ad essere abbandonata dall'uso pubblico che non l'immobile. Pur non sempre grave potrebbe essere la differenza. Che direbbesi di un obelisco o d'una colonna trionfale rovesciati per terremoto o per barbarie nemica, giacenti e sepolti sotterra per secoli? Diventerebbe accessione del suolo (1), e apparterrebbe in condominio ai differenti proprietari della terra traverso la quale esso giace?

Nè qui avrebbero fine le quistioni. Dato che pubblici e demaniali sian rimasti i monumenti antichi, spetterebbe la proprietà allo Stato o al comune? Gli edifici pubblici della città sono della città « *theatra, stadia et si qua alia sunt communia civitatum* » (2). E la L. 2, § 7, D. *De adm. rer. ad civ. pertin.*, e la L. 1, § 2, ff.

(1) V. *Inst.*, § 39, *De rer. div.*
(2) *Inst.*, § 16, 4, 6, ff. *De div. rer.*

*De mun. et hon.* « *Personalia civilia sunt munera... annonæ ac similium cura, prædiorumque publicorum, frumenti comparandi, aquæductus, equorum circensium spectacula, publicæ viæ munitiones.... quæcumque aliæ curæ istis sunt similes* » (1). Nè si opponga che in Roma, capitale del mondo, la città era repubblica, a cui immagine anzi si dicevan fatte le altre città (2), e i monumenti pubblici eran fatti dagl'imperatori e a spese dell'erario. Imperocchè questo non toglie che fossero fatti per Roma, comunque non a spese della sola Roma, e appunto l'idea dello Stato romano, meramente municipale, dell'*urbs* o città imperante a tutte, a differenza del concetto odierno dello Stato nazionale, dimostra che all'*urbs* benchè confusa collo Stato d'allora successe veramente e storicamente la città, e non lo Stato storico di oggi. Che se i sovrani di poi, e i pontefici, si adoperarono alla rivendicazione dei monumenti e ad essi sopraintese il governo dello Stato, non il municipio, ciò fu fatto a decoro dello Stato, ma nell'interesse della città, la quale a mala pena si discerneva dallo Stato medesimo, e non ebbe rappresentanza autonoma se non tardi. E quando questo avvenne, i monumenti furon considerati dei municipii, onde fu notato che nel 1816, dopo le restaurazioni, quando il pontefice rivendicò gli oggetti d'arte tolti dagl'invasori francesi, ne ordinasse la restituzione ai municipii stessi (3). E ai municipii ascrisse i monumenti Pio IX nella prima istituzione municipale del 1847. Vero è poi che i pontefici nelle posteriori costituzioni municipali, e il legislatore italiano attribuirono la cura dei monumenti antichi come di tutti i monumenti d'arte e le spese della loro conservazione allo Stato, dichiarandoli d'interesse nazionale (4), ma tuttociò riguarda il potere di vigilanza, di tutela, il dominio politico, pe' riguardi d'interesse generale, non la quistione della proprietà.

Tali quistioni ardue fu nostra intenzione di accennare, non presunzione di risolvere. Ben però vuole avvertirsi che esse sinora nonchè risolute, non furono neppur trattate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in tutte le subalterne controversie a cui dan luogo.

Dimostrati i modi di tacita cessazione della demanialità, e ritornando un istante alla espressa, v'è una ricerca da fare. Basta un

(1) V. anche L. 14, 18 *ibid.*

(2) L. 1, § 1, ff. *Quod cujusq. univ. nomine* (III, IV).

(3) Fea, *Miscellan..* tom. 1, pag. 201.

(4) V. leggi citate. Cons. Azzurri, *Il vero proprietario de' monumenti antichi.*

decreto dell'autorità competente a far cessare la demanialità, se non è seguito dal fatto della cessazione dell'uso pubblico? E parrebbe che alla guisa che noi opinammo dovere la demanialità incominciare dal decreto *efficace* (comunque non ancor seguito dal fatto dell'uso pubblico) così dovesse finire con esso, indipendentemente dalla materiale continuazione dell'uso medesimo. Ma è da vedere la continuazione dell'uso da qual causa dipenda, se da un semplice fatto transitorio, e fuor di legge, o non invece essa medesima non contenga una tacita deroga al decreto amministrativo e costituisca una continuazione della demanialità. I decreti sovente giacciono inutili e disusati. In diritto pubblico la consuetudine ha il suo impero, e in fatto di usi pubblici, essa basta come a far presumere una formazione di diritto così a far ritenere o una cessazione della demanialità, o una continuazione della medesima. Sta al giudice di argomentare dalle circostanze dei casi se il decreto abbia da prevalere o no alla consuetudine contraria e se la prescrizione della cosa pubblica abbia ad escludersi affatto, non ostante il decreto, o ad ammettersi e retrotrarsi al decreto stesso non ostante l'uso per qualche tempo ancora perdurato dopo di esso (1).

## § 2. — Regime del demanio della corona.

Il demanio della corona essendo una parte del demanio nazionale, in uso del principe, i suoi beni non sono alienabili se non con legge del parlamento, sono imprescrittibili, rivendicabili (2), non suscettivi di esser oppignorati od esecutati (3) (compreso il danaro o lista civile perchè data come necessaria al Re) (4), nè dati in ipoteca, nè trasmessi per testamento dal principe. Sono pure esenti dalle imposte, però non dalle comunali nè dalle provinciali (5). Il Re vi ha però un godimento, simile all'usufrutto (6), ma più che questo, es-

(1) Per gli effetti della cessazione della demanialità in quanto agli usi civici vedi sopra all'art. 4.

(2) C. C. Parigi 10 agosto 1841.

(3) Persico, *Princ. di dir. amm.*, vol. 2, pag. 14; Foucart, *Cours de droit adm.*, tom. 2, pag. 35.

(4) Foucart, ivi. Muove però dal concetto che il denaro sia demaniale, il che è falso a nostro avviso. Lo stesso dicasi dei frutti.

(5) Foucart, *Dr. adm.*, tom. 2, pag. 34; De Gioannis, *Corso*, I, § 398.

(6) Statuto, art. 19.

sendo prosciolto dall'obbligo della cauzione, e avendo facoltà di aumentare e mutare anche sostanzialmente le cose, demolirle finanche ove lo creda utile, vendere i mobili che stima inutile conservare, surrogandoli però con altri (1). La validità degli affitti, in caso di successione al regno, è regolata dalle disposizioni concernenti le locazioni fatte dall'usufruttuario (2). I boschi sono sottoposti alla legge forestale, e il Re ne percepisce il frutto secondo la natura del bosco, cioè percepisce i tagli ordinari (3), secondo il turno periodico stabilito dalla pratica, e gli straordinari o gli alberi d'alto fusto solo coll'assenso del ministro delle finanze (4). Dei beni componenti la dotazione della corona si fa un inventario (5) a cura di un ministro responsabile (6) e che è quello delle finanze (7). Le spese di manutenzione sono a carico dello stesso demanio della corona. L'amministrazione è tenuta da un funzionario col nome di ministro della R. casa, il quale ne sostiene le azioni civili attive e passive.

Dal demanio della corona distinguesi il patrimonio privato del Re. Esso si regge col diritto comune, è sottoposto al catasto, alle imposte, alle prescrizioni, alle ipoteche. Una sola eccezione vi ha ed è la dispensa del Re dalle leggi che limitano la quantità disponibile nella successione (8). L'amministrazione è tenuta dagli agenti della stessa R. casa che rappresentano il Re nelle azioni attive e passive (9).

Al patrimonio privato appartengono non solo tutti i beni provenienti da successioni a titolo privato e da altri acquisti fatti dal

---

(1) PERSICO, FOUCART, loc. cit.

(2) Cod. civ., art. 493. In Francia la R. casa poteva contrarre affitti di 18 anni e percepire anticipati 3 anni di frutti: *contra* l'art. 586 cod. fr., 481 ital.

(3) Cod. civ., art. 485.

(4) In Francia non potevano i tagli straordinarii essere autorizzati da un' ordinanza, come quelli dello Stato, ma doveano essere da una legge, perchè mancava il ministro responsabile. FOUCART, loc. cit., p. 35.

(5) Statuto, art. 19, 21.

(6) Legge 16 marzo 1850, art. 4.

(7) Pel regime del demanio e per la lista civile, vedi DUCROCQ, *Cours de droit adm.*, II, 860 e seg.; Leggi 16 marzo 1860 e 24 giugno 1860; 10 agosto 1862; 14 marzo 1865; 26 agosto 1868. Sulle doti e assegnamenti ai principi, L. 26 marzo e 30 giugno 1862.

(8) Statuto, art. 20.

(9) Cod. proc. civ., art. 138.

Re, prima e durante il suo regno, ma i frutti dei beni che compongono la dotazione della corona e i prodotti della lista civile, dopo la loro percezione. Imperocchè al momento di questa quei frutti od assegni cessano di appartenere alla corona e divengono cose personali del principe. Però tali assegni spettano agli eredi legittimi o testamentari del Re defunto, non solo percepiti che siano, ma eziandio non percepiti, purchè venuti a termine, essendochè vien trasmesso ereditariamente il diritto di percepirli, che era già personale del Re medesimo (1).

Se sia dubbio sulla destinazione di un acquisto fatto dal Re, presumesi del patrimonio privato e non del demanio (2).

### § 3. — Regime dei beni pubblici patrimoniali.

I beni patrimoniali dello Stato, provincie e comuni (3) sono sottoposti al regime del diritto comune. Sono indistintamente alienabili (4), e in tutte le forme prescrittibili. Hanno però competenze e forme speciali per l'alienazione dei beni immobili. Questa è fatta dallo stesso potere legislativo, che è la rappresentanza più piena della nazione e con legge speciale (5). Sono eccettuate dalla solennità di questa forma alcune specie più usuali di beni, cioè le alienazioni e permute di quelli acquistati all'asta pubblica nelle espropriazioni dei debitori dello Stato per imposte ed altri titoli, purchè non destinati a far parte del demanio pubblico; le concessioni (6) di derivazione di acque, e le strade nazionali o parti di esse ab-

---

(1) V. SAREDO, *Success. della corona*. Non crederemmo però applicabile tale dottrina alla lista civile, p. e. della santa sede, perocchè il diritto stesso è dato non alla persona del pontefice e pel solo suo personale mantenimento, ma alla santa sede e per le spese relative al mantenimento e splendore della medesima. In questo senso fu decisa la causa tra lo Stato e gli eredi Mastai.

(2) FOUCART, *Dr. adm.*, t. 2, p. 41.

(3) Sui modi comuni e proprii, con cui si formano i patrimonii dello Stato, vedi sopra art. 3 e DUCROCQ, *Dr. adm.*, II, 837, 848.

(4) In Francia per eccezione sono inalienabili le grandi masse di boschi dello Stato (LAURENT, *Princ.*, VI, 51).

(5) Legge franc. 1° dicembre 1790. Prima di questa le alienazioni di fatto erano eseguite dal re, ma i beni erano per diritto inalienabili. Legge italiana 22 aprile 1869, n. 5026, art. 13.

(6) Modo di alienazione tutto proprio del diritto amministrativo, a titolo oneroso e gratuito (DUCROCQ, *Dr. adm.*, II, 853).

bandonate. Dei beni mobili non v'è che l'alienazione delle navi dello Stato che deve essere autorizzata o nella legge del bilancio o per legge speciale (1). Ci sono poi forme speciali per le alienazioni, e in genere pei contratti da cui deriva entrata e spesa dello Stato, principale la regola dei pubblici incanti (2).

I beni patrimoniali delle amministrazioni pubbliche sono quindi, come puramente commerciali, anche espropriabili per causa di utilità pubblica, dietro indennità da pagarsi o dall'altra amministrazione, o dalla compagnia, o dal privato autorizzato a espropriare (3), e sono soggetti quindi a pignoramento ed espropriazione coattiva per parte dei creditori dell'amministrazione (4).

Si è però ammesso che non siano suscettive di sequestro o pignoramento le rendite demaniali dell'amministrazione, come quelle provenienti da imposte, perchè si è detto che al loro entrare nelle casse dello Stato o del comune divengono *ipso jure* demaniali (5). Noi non arriviamo a comprendere una tale teoria, che sanziona la demanialità del danaro. Evidentemente è dessa la negazione di questo concetto il quale risiede nell'uso pubblico diretto, immediato, in natura. Se bastasse la destinazione ai servizi, alla utilità pubblica, tutti i beni dello Stato sarebbero demaniali. Può dirsi in certo senso, e men proprio, demaniale l'imposta, il diritto; ma la rendita, il prodotto effettivo non mai. V'ha di più. I beni demaniali non dànno ordinariamente rendita, e se la dànno per eccezione, come quella dell'art. 141 della legge comunale e provinciale, essa è patrimoniale e non demaniale, e senza carattere d'imposta (6). Si può anche ammettere che per legge o privilegio speciale le rendite pubbliche debbono andare esenti dai sequestri e pignoramenti dei creditori, ma che siano cose demaniali è altra quistione (7).

---

(1) Detta legge, ivi.

(2) Detta legge, art. 3 e seg. Regolamento annesso 4 settembre 1870, n. 5852. Legge sulle opere pubbliche, art. 325 e seg.

(3) Laurent, *Princ.*, vi, 53; Ducrocq, *Dr. adm.*, ii, 851; Cons. di stato fr. 9 febbraio 1809; Foucart, *Dr. adm.*, vol. ii, p. 18.

(4) C. C. Roma 16 giugno 1876 (*Legge*, ii, 1876, p. 299); C. C. Napoli 3 agosto 1876 (*Legge*, ii, 1876, p. 314 e note illustrative).

(5) C. C. Firenze 27 novembre 1879; C. C. Palermo 13 febbraio 1875 (*Legge*, ii, 1875, 167; C. A. Palermo 23 agosto 1878; C. C. Roma 19 giugno 1876.

(6) C. C. Roma 4 gennaio 1877 (*Legge*, 1877, part. 2, pag. 152).

(7) Il Persico le dice patrimoniali (*Princ. di dir. amm.*, ii, p. 9).

È quistione infatti se le rendite dell'amministrazione stanziate in bilancio siano sequestrabili e possano sottoporsi ad esecuzione forzosa. Ma la quistione non deve farsi dipendere dall'essere patrimoniali o demaniali. Infatti la questione è comune tanto alle rendite delle imposte quanto a quelle dei beni patrimoniali, purchè siano poste in bilancio. La ragione per la quale si possono pretendere esenti dalle azioni esecutorie private non può essere che una ragione politica, di diritto singolare, consistente nello scopo di pubblica utilità o necessità al quale furono designate nel bilancio, nella regolarità e costanza necessaria alla contabilità pubblica. Ma una tale ragione politica dev'essere sanzionata da una legge speciale, nè in materia di diritto singolare debbono mai abbandonarsi a induzioni e ad analogie, a deduzioni arbitrarie di principii generali coloro che sono chiamati ad applicare le leggi. Ora esiste questa legge? Le disposizioni degli articoli 54 della legge sulla contabilità dello Stato, 9 della legge sul contenzioso amministrativo, 351 e seguenti della legge sulle opere pubbliche riguardano i sequestri, i pignoramenti, le cessioni o delegazioni sopra, non già i crediti o attività dello Stato, ma i debiti suoi verso i fornitori od appaltatori di opere pubbliche, riguardano cioè i vincoli sulle proprietà non dello Stato ma dei creditori dello Stato e ciò neppure indefinitamente, ma solo sino al collaudo dell'opera. Nè si può argomentare nemmeno per analogia, perocchè sequestrate le somme dovute agli appaltatori, gli appalti di lavori ne rimangono sospesi per impotenza degli appaltatori: non così quando si tratta di somme proprie dello Stato, al quale non debbono mancare mai i modi da sopperire ai pubblici servizi. Quanto poi alle norme speciali dettate dalla stessa legge sulla contabilità pubblica circa le spese dello Stato, i modi di pagamento di esse spese, codeste norme non è vero che debbono modificare la personalità stessa e la capacità giuridica delle amministrazioni pubbliche secondo l'articolo 2 del codice civile; ma dettate per la regolarità e garanzia dell'interna amministrazione, imposte ai ministri e funzionari pubblici per la erogazione del denaro dello Stato, non possono menomamente trarsi al caso di erogazioni coattive per sentenze di giudici ed atti civili, nè estendersi a rinnegare l'efficacia giuridica delle sentenze e degli ordini dei magistrati competenti e le guarentigie naturali e legali del diritto individuale. Quelle norme riguardano le volontarie ed ordinarie erogazioni, ma non portano che si abbiano a

escludere le coattive, quando l'amministrazione stessa debitrice rifiuta di fare volontario ossequio alla legge e al diritto. La conclusione che da norme di contabilità e di tecnicismo amministrativo si vuol trarre a un privilegio, a un diniego di giustizia, è veramente illogica e odiosamente fiscale (1).

L'argomentare poi dalla natura politica dello Stato alla immunità de' suoi beni e persino alla incompetenza giudiziaria (2), val quanto distruggere la persona civile in grazia della politica, e rinnegare tutta la legge sui limiti delle due autorità e dimezzare il potere giudiziario riducendolo alla cognizione solo senza coazione, alla *jurisdictio* senza l'*imperium*. Nè osta che il codice civile, a proposito degli atti esecutori e dell'offerta reale (3), non parli dello Stato. Ne parla implicitamente quando, avendo sottinteso o classificato tra gli enti giuridici lo Stato e i comuni nell'art. 2, non

---

(1) V. la giurisprudenza contraria nelle citate decisioni e in altre decisioni riportate dalla *Rivista amministrativa;* FOUCART, *Dr. adm.*, t. 2, p. 30. Cons. GABBA nella *Racc. di giur.*, 1876, part. 4, pag. 45 e seg., e *Giur. univ.*, t. 29, col. 82; MANTELLINI, *Conflitti,* p. 90, e *Relaz.* dell'avv. er., 1878, p. 43, 82; RICCI, *Comm. pr. civ.*, vol. 3. Per la sequestrabilità vedi C. C. Napoli 19 aprile 1873, 3 agosto 1876; C. C. Firenze 30 novembre 1876 (v. *Repert. gen. giur.*, v. *Esecuzione)* e la famosa sentenza della cassazione di Roma su requisitoria del Pescatore, 13 maggio 1876, società cred. imm. e comune di Ancona (*Giur. Tor.*, 1876; *Legge* 1876, II, 299) per il prodotto dei dazii e imposte comunali. *Contra,* Cons. Stato 27 marzo 1865; C. C. Milano 20 aprile 1865; C. C. Torino 7 settembre 1871; C. C. Palermo 15 gennaio e 13 marzo 1875; C. Casale 29 maggio 1869; C. Bologna 19 luglio 1869; Macerata 14 dicembre 1873; Ancona 17 agosto 1874; Catania 2 marzo 1876; C. A. Napoli 8 marzo 1878 e 18 settembre 1878. La C. A. Venezia (24 settembre 1874) ammise gli atti esecutorii sino al precetto. Quanto ai comuni si decise essere insequestrabili i beni affetti a speciale destinazione e stanziati in bilancio, e sequestrabili solo i fondi per spese impreviste, i capitali e le rendite dell'anno successivo; C. C. Roma 19 giugno 1876; C. C. Torino 10 gennaio e 7 settembre 1872; C. Firenze 31 dicembre 1874; C. A. Roma 2 maggio 1873; C. A. Ancona 14 aprile 1874; C. A. Genova 22 maggio 1876; Modena 5 marzo 1875; C. C. Torino 5 marzo 1875; C. C. Torino 7 giugno 1870 (che non ammette neppur l'eccezione dei beni ipotecati). Ammisero la sequestrabilità assoluta il trib. civ. di Roma 27 agosto 1874, e il cons. di Stato, par. 16 novembre 1871. E la logica della giurisprudenza fiscale dovette estendere la immunità anche ai bilanci degli altri corpi morali.

(2) Questa fu respinta però dallo stesso consiglio di Stato, par. 19 giugno 1875 (VARCASIA, n. 717).

(3) Cod. civ., art. 1259, 1260. Anche dalla legge dell'offerta reale per un consimile ragionamento si pretese dispensare lo Stato debitore (C. C. Napoli 18 luglio 1877).

lo esclude dalle disposizioni concernenti la esecuzione delle sentenze, cioè dalle disposizioni degli articoli 1234, 1948, 1949 del codice civile e 585, 586 di procedura civile.

In diritto romano non è chiaro se la legge 3, C. *de compens.* e la L. 46, § 5, D. *de jure fisci* consecrasse la immunità del denaro *qui statutis sumptibus servit.* Nelle leggi moderne se la Francia (1) e il Belgio vollero salvare i bilanci dalle azioni esecutorie dei creditori, lo fecero con leggi espresse.

Si può obbiettare ancora: Lo stanziamento in bilancio è atto amministrativo, e questo non può essere revocato nè modificato. Ma la risposta è in ciò, che lo stanziamento non è atto amministrativo, ma di pura amministrazione, nè quindi gode del privilegio. Similmente può dirsi: l'esecuzione coattiva è valida in quanto può produrre sospensione e divieto di pagamento al debitore cui è destinata. Ma le somme stanziate in bilancio di pubblica amministrazione sono esigibili coattivamente, nè può farvisi opposizione di sorta, che non sia solamente in devolutivo. Dunque il sequestro per parte di un creditore dell'amministrazione è inutile ed inefficace. Ma codesta obbiezione oltrechè riguarderebbe soltanto i sequestri dei crediti dello Stato presso i terzi debitori stessi, si risolve nella prima. Essa presuppone che lo stanziamento in bilancio possa essere valido di fronte alla sentenza esecutoria del giudice. Ma se esso è un semplice atto di gestione economica e quindi revocabile e modificabile dalla sentenza giudiziaria, ne risulta che per le somme stanziate, quando una sentenza sopravvenga, cessa il precetto dell'immediato pagamento, il quale si deve fare dal terzo non più all'amministrazione stessa, ma al pignorante.

Il principio ha avuto, anche a guardarlo dal lato economico, l'effetto opposto a quello che s'intendeva, cioè la ruina del credito dello Stato e dei comuni, conseguenze necessarie di un sistema, in cui il creditore non ha altro spediente che di rivolgere suppliche ai debitori o di adire al più, se si tratta dei comuni, la giunta provinciale amministrativa perchè stanzi in bilancio la somma del suo credito (2), e spicchi i mandati di ufficio, da che poi all'effettiva esazione del debito vi corre in pratica un gran passo.

---

(1) Legge 5 novembre 1790, art. 15; Decreto 22 agosto 1791; Decreto 1 germ., anno XIII.

(2) Legge comunale e provinciale, art. 141, 142, 145, 170, 171.

L'amministrazione del patrimonio dello Stato è tenuta, come quella del demanio, dal ministero delle finanze o dai ministeri speciali a cui uso fossero addetti i beni (1). Essi ne sostengono gl'interessi in giudizio: al quale uopo hannosi in diritto francese regole e pratiche da osservarsi previamente dagli attori (2).

Regola economica relativa ai beni patrimoniali dello Stato è la tendenza a restringerli e ad abolirli (eccetto i boschi e le miniere) perchè lo Stato è cattivo produttore, sciupa in impiegati ed in spese d'amministrazione: guadagnerebbe più col registro e le imposte rimettendoli in commercio privato: la proprietà patrimoniale pubblica separa la vita dello Stato da quella della nazione, laddove il sistema d'imposte tende a immedesimarle: infine getta l'incertezza nel bilancio pei rischi delle vendite (3). Altra regola economica, non condurli direttamente, ma lasciarli alla industria privata; quanto ad altre regole è da consultare la legge e il regolamento sulla contabilità dello Stato e sulle foreste (4). Quanto ai comuni, alle provincie e ai corpi morali in genere, essi non possono acquistare beni immobili, nè accettare lasciti o doni, senza un decreto regio che li autorizzi (5).

## CAPO II.

## Imposte.

La finanza non attinge al patrimonio dello Stato che una parte della sua fortuna. La più gran parte l'attinge dal patrimonio dei privati, e cioè nazionale. Questa parte di valori e di servigi che si deve allo Stato per sostenere i pubblici carichi, e che è la più generale nozione della imposta, ha avuto ed ha varii nomi: imposta, tributo, contribuzione, tassa, gabella, balzello, benchè taluno

---

(1) Citata legge sulla contabilità dello Stato, art. 1.

(2) V. Foucart, *Dr. adm.*, t. 2, pag. 26 e seg.

(3) Vedi De Gioannis, *Corso*, I, 440 e seg.

(4) In diritto francese, vedi Ducrocq, *Droit adm.*, II, 835 e seg., 848 e seg.

(5) Cod. civ., art. 932, 1060; R. D. 5 giugno 1850, n. 1037. Sulle cause di ricusa di autorizzazione, vedi una *Monografia* del Saredo. E in generale sulla storia e teoria del *Demanio* cons. l'egregio lavoro di B. Lomonaco: *Il demanio dello Stato*, 1892.

di essi siasi adoperato più propriamente a significare alcuna specie particolare di pubbliche gravezze.

Un trattato di giustizia fiscale (1), o sistema elementare di cognizioni giuridiche dell'imposta, ci pare che debba concepirsi nei due momenti: l'uno della *imposizione* del tributo, l'altro della sua *percezione*. La imposizione, vulgo *stanziamento*, della imposta, è l'atto legislativo che la bandisce, la determina, la comanda. La percezione è l'atto esecutivo che la traduce in fatto. Il primo momento dà luogo a studiare la imposta in sè, staticamente: il secondo la considera dinamicamente, in movimento.

## § 1. — **Imposizione del tributo.**

Lo stanziamento dell'imposta e lo studio della imposta in sè medesima si divide fra' varii elementi che la costituiscono, e sono:

1. La ragione e la natura sua;
2. Il soggetto attivo che impone;
3. Il soggetto passivo, cui s'impone;
4. Il rapporto dell'imposta al soggetto passivo medesimo, cioè la misura della imposta.

### Art. 1. — *Fondamento e natura della imposta.*

Il privato contribuisce al pubblico della persona, ossia delle opere e delle cose. Alla prima contribuzione si richiamano: il servigio militare, le servitù pubbliche, i carichi pubblici e gratuiti in generale, le opere illiberali (i *munera sordida, corvées)* (2). Alla seconda specie appartengono propriamente le imposte sulla ricchezza, le quali, benchè possano essere, e storicamente talvolta fossero, in natura, sono oggimai universalmente in denaro.

La contribuzione pecuniaria fu già ordinariamente considerata come un corrispettivo che il cittadino paga per i servigi pubblici, il prezzo della protezione sociale (Mirabeau), un sacrificio di una parte dell'avere del cittadino, per ottenere la sicurezza del resto (Montesquieu).

---

(1) Per nozioni storiche e letterarie, v. Persico, *Principii*, ii, pag. 3, 57 e seg.; Mantellini, *Stato e codice*, i, 197 e seg., 309 e seg.

(2) Esempio, per le strade obbligatorie. — V. legge 30 agosto 1868.

Questo modo, *commutativo e cambiario,* di concepir la imposta è riprovato dai più e migliori, come lo Stuart-Mill, e ormai antiquato: 1° perchè esso presuppone una specie di contratto o di convenzione tra lo Stato e il cittadino, ipotesi non vera; 2° perchè esigerebbe una proporzione tra la imposta e i servigi che lo Stato presta ai singoli, che nella realtà delle cose non si verifica. I poveri dovrebbero pagar le tasse quanto i ricchi, e il meno abbiente dovrebbe pagare a proporzione esatta col maggiore abbiente, giacchè c'è una protezione eguale e costante per i poveri e i ricchi, i più abbienti e i meno, ed è la protezione della persona; 3° perchè non risponde al vero e adeguato concetto dello Stato e de' rapporti sociali; 4° perchè condurrebbe a ritenere che lo Stato potesse imporre i tributi anche quando potesse sopperire alle spese col suo patrimonio.

La idea della imposta è essenzialmente connessa a quella dello Stato. Il quale, come comunanza legale di persone e di volontà per la vita comune, importa, per necessità di sua sussistenza, un fondo comune che non può risultare se non dagli averi de' soci. Il tributo è la posta sociale, e il suo fondamento, come quello dello Stato, sta nella socialità, cioè nel dovere sociale. Quindi il dovere dell'imposta (Steurpflicht), morale, politico, giuridico, che corrisponde al diritto statuale dell'imposta (Steurrecht). La imposta appartiene alla giustizia, ma non commutativa, sibbene distributiva (1), in quanto allo Stato; in ordine poi al contribuente è un dovere morale e giuridico, interno ed esterno; checchè ne pensino i *lassisti* della morale, i quali del pagare il tributo fan quistione di astuzia e di forza o di azzardo, punto di coscienza. E un grande ausilio avranno procacciato le finanze degli Stati quando avran fatto penetrare questo concetto del dovere morale dell'imposta nella coscienza de' popoli.

Il concetto, del resto, della corrispettività non si regge nè meno in quelle imposte speciali che sono rimuneratorie di speciali servizi, poniamo la tassa sugli affari, e le tasse giudiziali. Dove la tassa non adegua mai il servizio, nè il potrebbe senza cessar di essere tassa, e il servizio rimunerato, benchè in apparenza del particolare, è in realtà di tutti.

Non si deve tuttavia credere che la corrispettività sia concetto estraneo alla imposta.

---

(1) TRENDLENBURG, *Naturrecht*, § 119.

Come lo Stato medesimo ha per cómpito e fine naturale la sicurezza e il benessere comune, così eziandio l'imposta. Non si può prescindere dall'idea de' servigi sociali senza distruggere quella dello Stato e della imposta. Quindi il dovere *sociale* non esclude la corrispondenza dell'imposta al servizio, ma si reciproca con esso. L'errore sta nel concepire tale corrispondenza *singulatim* nel contribuente, anzichè nel complesso sociale, e nel non tener conto della base *anteriore* ed etica della imposta che va innanzi al fine e risultato suo. Il corrispettivo della protezione sociale ha molta importanza e diviene quasi titolo giustificatore nell'imposta sugli stranieri, come a suo luogo si vedrà.

A fondamento dell'imposta non può nemmeno assumersi un diritto dello Stato sulle ricchezze private, nè immediato, nè mediato. Lo Stato ha obbligo a tutelar la ricchezza, non diritto alcuno sovra di essa. L'idea d'un dominio eminente dello Stato sulla proprietà nazionale è antiquata, e fu già altrove confutata in questo libro. E nemmeno può assumersi il concetto medioevale della *consensualità* o *volontarietà* della imposta.

L'imposta è obbligo giuridico del contribuente, come è una facoltà giuridica nello Stato. È essa un'obbligazione civile, emanante dal codice civile e da riferirsi al genere di quelle contemplate dall'articolo 1097 del codice stesso? V'ha chi lo nega, e sostiene l'obbligo dell'imposta essere affatto politico, determinato dallo statuto, da leggi speciali e da regolarsi solo con quelle. La legge comune, dicono, e il codice non sono scritti per lo Stato in quanto persona pubblica, e se il nostro non contiene, come il francese (1), una frase espressa che lo esprima, ben lo fa intendere, quando gli articoli 430 e 432, trattando dei beni in ordine allo Stato, parlano dei beni privati, rinviandone, per i pubblici, alle leggi speciali e ai regolamenti. Le obbligazioni derivanti da legge, secondo l'art. 1097, sono: la servitù, la tutela, gli alimenti e simili, non quella di pagare i tributi (2), la quale è consacrata sol nello statuto e nelle leggi speciali di finanza.

Codesto ragionamento rampolla su quell'idea di assoluta separazione tra il diritto pubblico e privato, tra la persona pubblica e la persona privata dello Stato, che fu altrove esaminata e com-

(1) Cod. fr., art. 537. TREILHARD.

(2) MANTELLINI, *Lo Stato e il cod. civ.*, I, pag. 240.

battuta (1). Non è vero che il codice civile non sia applicabile allo Stato se non per la persona privata e per i beni privati. Il codice si occupa del demanio pubblico e non già solo per rinviarne alle leggi speciali, ma per istabilirne certi diritti essenziali, come la inalienabilità e la imprescrittibilità; e se rinvia a quelle leggi e a quei regolamenti, lo fa circa il modo e la forma, come ne rinvia pure pei beni privati (art. 432). Così, anche per le obbligazioni relative alla cosa pubblica, ci può essere luogo nell'art. 1097 del codice civile, e c'è davvero, dacchè anche tali obbligazioni emanano da leggi, e non già solo quelle di servitù, di tutela e di alimenti. Dicasi poi pur politico il diritto d'imposta, chè veramente è tale per la causa e il titolo, questo non vieta che sia pur giuridico e civile. O forse, contrapponendosi il civile al politico, si confonde il *diritto all'imposta,* che è veramente proprio e singolare dello Stato, col *diritto dell'imposta,* che, fondata per legge, diventa un diritto civile, per effetto, per forma, per fôro. Che se anche un tal diritto ha singolarità sue, certo è che le sono eccezioni. Uscito dalle quali quel diritto rientra in quel grande diritto civile, e si governa colle norme del diritto comune (2). Questa verità si farà meglio chiara a suo luogo.

La imposta pertanto è una prelevazione sulla ricchezza nazionale, che riveste l'indole di un obbligo del contribuente, di natura morale e giuridica. È giustificata dunque la sua generale definizione: *quota di valori dovuta allo Stato per sostenere i pubblici carichi.* Nè può aggiungersi: *dovuta da' cittadini;* imperocchè può esser dovuta da forestieri in ragione di cosa posseduta o atti compiuti nella cerchia dello Stato o del comune. Più adeguata nozione e più particolari caratteri si avranno dalle cognizioni circa i soggetti attivi e passivi della imposta.

Qui basterà ancora osservare come, essendo titolo della imposta la stessa socialità, è vieto il concetto della *odiosità* della tassa. La imposta, come mezzo sociale, rappresenta l'ordine, la giustizia, l'onore della patria (3): è causa favorevole. Però da interpretarsi strettamente, e nel dubbio presumere la libertà, restringere le esenzioni privilegiate per l'articolo 4 delle disposizioni preliminari del

---

(1) V. sopra, cap. 7, art. 1 e cap. 14, art. 2.

(2) V. sopra, loc. cit.

(3) C. C. Torino 7 febbraio 1866; C. C. Roma, 11 febbraio 1878.

codice, e pel principio di Modestino: « *In dubiis quæstionibus, contra fiscum facile respondendum* » (1).

### Art. 2. — *Del soggetto attivo dell'imposta.*

Soggetti attivi delle imposte sono gli enti amministrativi autonomi, aventi da legge diritto a levare imposte. Non quindi lo Stato solamente, ma il comune e la provincia e quale altra che sia amministrazione organica dello Stato.

Il sistema di accentramento delle imposte nell'unico ente Stato, e che storicamente non si avverò mai, è condannato da giuristi ed economisti, sia pel principio che ogni amministrazione deve in sè avere i mezzi sufficienti della sua sussistenza e della sua vita, sia per i danni che l'accentramento recherebbe nella vita locale.

Nè solamente a' comuni e alle provincie il diritto pubblico attribuisce il potere d'imposizione, ma eziandio ad altre amministrazioni ed altri enti secondarii che la legge stessa crea o riconosce per scopi parziali di pubblica utilità, come sarebbero le camere di commercio, i consigli dell'ordine degli avvocati, i consigli di disciplina de' procuratori, ecc.: se pure tasse di vero nome possono dirsi tali contribuzioni, che, quantunque obbligatorie ed esigibili colle forme fiscali, sono però ristrette ad un ceto di persone, destinate a sopperire le spese di una gestione di comuni, ma particolari interessi, nei modi e limiti imposti dalla legge, e sotto la sorveglianza e la moderazione dell'autorità dello Stato.

Ciò che peraltro lo statuto e le leggi neppure allo Stato e alle altre amministrazioni pubbliche consentono si è la cessione o delegazione a cittadini o enti privati del diritto di levare l'imposta. Codesta delegazione, sia a titolo gratuito, sia oneroso, fu permessa o tollerata sotto forme dispotiche di governi antichi, e si vide il diritto di esigere certe tasse o di certi monopolii concesso a grandi famiglie private, a vescovi, a luoghi pii, a monasteri, persino a confraternite. Ma siffatto genere di concessioni è reso ora giuridicamente impossibile sotto i regimi costituzionali ed anche nelle monarchie temperate degli Stati moderni. Il diritto d'imposta, come anche il monopolio, vera ed essenziale regalia, non può esser che diritto politico e proprio dello Stato. Le cessioni o delegazioni che

---

(1) Vedi Mantellini, op. cit., I, 233 e seg.

se ne fossero fatte sotto gli antichi governi, sarebbero nulle al promulgar dello statuto e all'andare in vigore di un nuovo sistema di legislazione, quale il nostro vigente. Quistioni son nate, ma caddero non già sulla efficacia delle concessioni e sulla durata giuridica di simili diritti, ma sulla indennità che ne spettasse ai possessori verso lo Stato o il comune a cui l'imposta sarebbe da legge attribuita. E fu per lo più deciso che, fermo il divieto di tassare ai cittadini o agli enti privati, fosse dovuta loro non indennità pei lucri perduti del diritto abolito, ma restituzione dei capitali pagati o di altri corrispettivi dati per conseguir quel diritto, gratuita restando l'abolizione per le concessioni a titolo grazioso. Ed è ragione: perchè simili concessioni s'intendono durar quanto duri il sistema di Stato e di leggi che lo sostentano, revocabile sempre per disposizione di legge nuova (1).

Non però vietata o nulla è la cessione che lo Stato o il comune facesse della rendita a ritrarsi dalle imposte annuali, ed anzi permesso e indicato talvolta è dalle leggi come modo di sopperire a spese straordinarie e assicurare e soddisfare a debiti necessari lo stanziamento nel bilancio di tali proventi (2). Al modo stesso che in diritto civile non può, puta, l'usufruttuario alienare il diritto, ma sì la comodità, può l'amministrazione fare altrettanto. Ma sarebbe efficace tale cessione, se i proventi fossero necessarii e destinati a pubblici servizi? Negò la corte di cassazione di Firenze, invocando pure l'autorità della L. 3 C. *de compens.* Ma l'eccezione distrugge la regola, ripugna ai principii del diritto, come altrove dimostrammo, e qui tanto più che precede una convenzione (3).

Lo Stato, il comune, la provincia hanno diritto di tassare nel proprio territorio. La giurisdizione fiscale è circoscritta a questo, come il potere di far leggi o regolamenti. Il diritto di tassare è essenzialmente *territoriale* come la sovranità. E siccome l'azione sociale dello Stato o di altra sua frazione organica s'estende alle persone che vivono, alle cose che sono, agli atti che si fanno sul

---

(1) V. C. A. Roma 16 marzo 1882, causa comune di Roma e Longo in materia di franchigie, e C. C. Roma 21 giugno 1883, item; C. A. Roma 4 aprile 1882, causa comune di Roma e confraternita dei pescivendoli in materia di diritto di tassare.

(2) V. leggi sulla cassa depositi e prestiti, legge 27 marzo 1871, n. 131; L. 19 aprile 1873, n. 759; 8 marzo 1874, n. 1833; 27 maggio 1875, n. 2779.

(3) C. A. Firenze 12 marzo 1879, nella causa dei creditori del comune di Firenze. — MANTELLINI, *Lo Stato*, ecc., I, 271. Vedi sopra, pag. 194.

territorio; del pari la giurisdizione fiscale si estende a queste tre categorie, ed è, com'ogni altro statuto, personale, reale, mista, e medesimamente appellasi la tassa secondo che grava le persone, le cose, gli atti. Da che si deriva che la territorialità della tassa non è concetto in antitesi alla personalità, come da alcuni impropriamente si va confondendo, ma gli elementi di personalità o di realità sono subalterne forme di territorialità e sopra di questa come generico fondamento si poggiano.

Quali siano i confini del territorio sui quali si dispiega il potere fiscale si deve desumere, in quanto agli Stati, da' trattati, da' confini naturali e geografici e dal possesso; in quanto a' comuni, dalle leggi o decreti pubblici che determinano le *circoscrizioni* dei territori comunali o provinciali; in caso diverso dalle consuetudini e dai possessi.

Nè solamente l'amministrazione pubblica come soggetto attivo tassante deve esser considerata in ordine alla sua circoscrizione *materiale*, ma nella sua circoscrizione *formale*. Sonovi nello Stato medesimo varie amministrazioni con uffici e scopi distinti e con diritto d'imposte autonomo, onde son considerate come tante separate giurisdizioni fiscali, da non confondersi tra loro. Hanno entità distinta non giuridicamente, ma amministrativamente. Importa però conseguenze giuridiche la loro separazione, puta il non potersi il debito di tasse verso un'amministrazione compensare col credito che il contribuente abbia verso altra amministrazione dello Stato, p. e. il demanio, il che ha sua ragione e non è di recente diritto, trovandosi scritto alla L. 1 C. *de compens.*: « *Senatus censuit et sæpe rescriptum est compensationi in causa fiscali ita demum locum esse si eadem statio quid debeat quæ petit atque hoc juris propter confusionem diversorum officiorum tenaciter servandum est* » (1).

### ART. 3. — *Soggetto passivo della imposta.*

Segue, dalle cose dette circa il soggetto attivo che è l'amministrazione pubblica del territorio in cui esistono gli enti tassati, che il soggetto passivo è triplice, cioè: persone, cose, atti. Poco è a dire degli atti. Benchè questi non possano considerarsi come se-

(1) C. C. Roma 11 novembre 1878. — Presso MANTELLINI, *Stato e codice*, I, 462.

parati dalla persona e non possano essere nemmeno pegno della imposta come lo sono le cose; tuttavia debbono considerarsi come subbietto di quelle tasse che alle persone s'impongono in ragione di certi atti, come il registro in parte, il bollo, le tasse giudiziarie, le scolastiche, ecc. Imperocchè come si determinerebbe la competenza fiscale per l'imposta sull'atto, senza considerare l'atto stesso compiuto nello Stato come subbietto passivo dell'imposta, sottoposto alla sua sovranità territoriale?

Veniamo alle persone e alle cose.

Non v'ha imposta che non gravi sopra una persona e non si riferisca ad una ricchezza. Pertanto ogni imposta si può, in largo senso, dire personale e reale. Ma si dice gravata la persona e personale la tassa quando essa è imposta alla persona indipendentemente da una ricchezza certa e determinata, reale quando s'indirizza alla ricchezza medesima, e alla persona in quanto possessore di essa.

Infatti il rapporto della tassa alla ricchezza (base) può esser di vario genere. La base ricchezza può essere astratta e generica, per es. nella capitazione. Può essere come di semplice presunzione o sintoma della ricchezza, p. e.: focolare, domestici, cani, cavalli, vetture, bollo, valor locativo, porte e finestre. Può anche essere un rapporto di base *certa* e *concreta*, della quale la tassa sia una vera e propria parte aliquota, e, in pari tempo, di *pegno* e garanzia sulla cosa stessa: terreni, fabbricati, redditi industriali, dazi di confine o di consumo. Le imposte della prima specie sono le sole che dir si possano strettamente personali; quelle delle altre due sono tutte reali, in quanto hanno una base reale, sintoma, o realità, a cui si appoggiano. La *realità*, a così dire, che sfuma nella prima categoria, gradatamente ascende nelle altre. Ma se però, ad eccezione delle prime, tutte le tasse possono dirsi, in questo senso, reali; non potrebbero del pari chiamarsi *diritti reali*, cioè considerarsi aver per subietto vero *passivo* la cosa, se non quelle che hanno una base vera, certa, concreta, cioè che rappresentano una data aliquota di cosa mobile o immobile e determinata: i terreni, i fabbricati, la *vigesima haereditatum*, i dazii e quante altre portano pegno o diritto sulla cosa. La stessa tassa sui redditi industriali, perchè indeterminata, non è diritto reale, e segue piuttosto la natura delle personali, perocchè anche in fatto di tasse le cose mobili seguono meglio la persona. Ma di questo altrove.

La imposta quindi, benchè in un certo senso è personale e reale sempre, varia nel contemperamento di tali elementi. È personale *assolutamente* quando è imposta alle persone senza certa e vera relazione alla ricchezza, tanto da sembrare assisa esclusivamente sulla sola sua qualità di cittadino: personale *relativamente* quando è imposta alla persona principalmente con rispetto alla ricchezza come misura della sua forza tributaria; *reale*, quando prevale l'elemento della cosa certa e concreta in modo da divenir base e pegno dell'imposta e la persona è riguardata solo in quanto possessore della cosa medesima (terreni, fabbricati, dazii).

Le tasse, eminentemente reali nel senso giuridico, son quelle aventi base concreta e immobiliare, fondiaria e sui fabbricati. Le quali, benchè si paghino sul reddito e col reddito, e benchè si perseguano anche con azione personale *(ex lege)* verso il contribuente designato dalla legge anche perduto il possesso del fondo (1), sono veri pesi inerenti al fondo gravato dalla tassa (2), di que' pesi reali di cui Labeone dice: *possessores propter rem conveniri* (3), e che passano col fondo stesso ne' terzi (4), onde il fondo stesso apparisce debitore, secondo la energica espressione degl'imperatori Antonino e Vero alla L. 7, D. *de vectig.: « Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt in vectigalibus ipsa praedia non persona conveniri »*, e la leg. 3, C. *de ann. et trib.: « Indictiones non personis sed rebus indici solent »*. Onde segue che, non liberata la persona del debitore originario, cioè di colui che era possessore del fondo, al momento della scadenza, il successore però che vi succede *« etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere »* (ivi). Di che è conseguenza che, ne' rapporti tra gli aventi diritto sulla cosa, l'usufruttuario, p. e., e l'utilista, cioè il possessore e proprietario dei frutti sui quali si deve pagare l'imposta è tenuto a pagare i tributi anche del tempo che non ha posseduto (5), salvo ne risulti diversamente dal titolo sia di legato, sia di convenzione (6), e salvo il caso d'insufficienza di frutti, dove il proprietario è tenuto *in*

(1) Perez, *Ad cod. de indict.*, n. 58.
(2) Fabr., *Ad L. 27*, § 3, *De usuf.*, e lib. 10, tit. 16.
(3) L. 6, § 2, *Si serv. vind.*
(4) L. 4 cod., tit. 17; L. 414, ff. *De vect.*
(5) Fulg., *De jur. emphyt. qu.* 3, L. 13, ff. *De imp. in rem. dot. fact.* e L. 2, Cod. *De annonis et trib.*; L. 28, ff. *De usuf. leg.*; L. 27, § 3 e L. 52, ff. *de usuf.*
(6) Castillo, *De usufr.*. cap. 56, n. 18.

*subsidium* (1). Ma ne' rapporti col fisco si dee ritenere che l'azione personale competagli contro il proprietario, o, nel caso di proprietà gravata, contro l'usufruttuario che teneva e godeva il fondo al momento della indetta tassa; però l'azione reale siagli sempre salva contro ogni possessore a qualunque titolo, sia di proprietà, sia di usufrutto ritenga il fondo, sia pure per tributi scaduti anteriormente al suo possesso (2), checchè sia de' rapporti terzi (3) e salvo le prescrizioni.

Ma codesto diritto reale è esso principale od accessorio? È un diritto per sè stante o una semplice garanzia? Per diritto romano non ci par dubbia la prima sentenza. Per diritto civile moderno si potrebbe dubitarne. I pesi reali sono classificati nel codice civile, e soggetti alla forma necessaria della pubblicità per la iscrizione o trascrizione. Il codice civile non parla del tributo fondiario se non come di un privilegio, cioè di garanzia privilegiata limitata a un tempo determinato (art. 1957, 1962) che dal fondo gravato di imposta si estende però ad altri situati nel territorio del comune in cui il tributo si riscuote pel tributo fondiario (art. 1962), e alla generalità dei mobili per gli altri tributi diretti (art. 1957). Quanto alle leggi speciali, pei tributi del registro ed altri indiretti, il diritto è determinato sull'immobile che ne fu l'oggetto, ma è privilegio e non diritto reale, e cede ai diritti anteriormente quesiti (art. 1962, al. 2).

Ora il privilegio è inconciliabile collo *jus in re*, perchè equivarrebbe a una garanzia *in re propria*. Nè le leggi speciali modificano questo concetto in alcun modo. L'idea d'un diritto fiscale dello Stato sulla sostanza della cosa ci pare che ne ricondurrebbe a quella di un dominio eminente e universale.

Dei tributi su cose mobili, come tasse mobiliari, dazii di consumo, si deve ritenere altrettanto. La confisca *(in commissum cadere)* per mancata denuncia o mancato pagamento, benchè sanzione accessoria per la contravvenzione, presupponeva necessariamente un diritto reale che non era di semplice pegno, dacchè esclu-

---

(1) Perez, loc. cit., L. *Quaero*, ff. *De usuf. leg.*; *Hactenus* e L. *Si pendentes*, § *Si quid.*, ff. *De usuf.*; Bart., ad L. *His verbis*, § idem, ff. *De leg. 3°*. — Mantellini, I, 263.

(2) L. 42, ff. *De pact.*

(3) L. 52, ff. *De pact.*: dell' anticresi, *ut tributa praedii debitor penderet.* — Ziegler, *De jur. majest.*, lib. 2, cap. 3, *De rat. et mod. collect.*

deva ogni altro diritto sia di proprietà, sia d'altro, addicendo la cosa interamente allo Stato. In diritto moderno il codice civile (art. 1958, n. 1) e le leggi daziarie (1), dànno all'amministrazione un privilegio sulle cose mobili colpite dalle tasse di registro, dogana, e da ogni altro tributo indiretto. Ma questo non esclude una azione principale contro il possessore, l'introduttore, lo spacciatore della merce, sia o no proprietario. Ma il privilegio è sempre di semplice pegno perchè o si paghi la tassa o l'amministrazione venda il pegno.

Quali sono le persone, soggetto passivo della imposta? Pel principio della territorialità, tutte quelle che al territorio dello Stato appartengono. Ma il vincolo di appartenenza *(gelegenheit)* può essere vario: la cittadinanza, l'incolato, la semplice dimora. E qui convien guardare alle specie suddivisate dell'imposta. Della imposta puramente personale son soggetti passivi i cittadini. Il solo vincolo della sudditanza o della cittadinanza basta ad assoggettare la persona al potere fiscale dello Stato, come ad ogni altro potere od obbligo civico, puta il servizio militare, abbia essa o non abbia sua dimora nello Stato stesso. E qui ricorreranno le regole del codice civile sulla cittadinanza, in ordine alle tasse di Stato, e la teoria del domicilio civico in quanto alle tasse comunali o provinciali (2). Le leggi speciali e i regolamenti sulle tasse di questo genere, rarissime del resto, stabiliranno se si richieda il domicilio d'origine, o basti quello formalmente o di fatto acquistato. Nel silenzio delle leggi e dei regolamenti, si dovrà indagare colla teoria della cittadinanza e del domicilio e dell'incolato civico l'appartenenza della persona allo Stato o al comune per inferirne il suo obbligo di pagare l'imposta. Lo straniero non può essere assoggettato a tasse personali pure, sinchè dimora fuori del territorio nazionale, come può essere il cittadino. Ma vi può soggiacere colla dimora nello Stato, nei limiti della dimora stessa? Sarebbe considerato come abuso del potere fiscale il gravare la semplice fugace dimora, alla quale dee corrispondere solo la gratuita protezione, che è dovere di ospitalità e di cortesia internazionale, e non sarebbe giusto colpire lo straniero con tasse puramente personali, indirizzate cioè alla persona, precision fatta da qualunque ricchezza determinata,

---

(1) L. 3 luglio 1864, art. 11.

(2) Leggi sulla beneficenza 10 nov. 1889, n. 6535; 17 luglio 1890, n. 6972.

o da qualunque sintomo di ricchezza che vi possieda e che sia suscettibile di protezione legale.

I cittadini o gli *appartenenti* soggiacciono di per sè al potere fiscale dello Stato e quindi a quella imposta che colpisce la mera persona, in quanto tale. Ma soggiacciono nello stesso modo alle altre tasse, cioè alle reali? E si deve rispondere che essi non soggiacciono alle tasse *reali* se non in quanto è compresa nella giurisdizione fiscale la *base,* cioè la cosa, che è indizio o prova o sostanza della ricchezza tassata, come a dire la casa, le vetture, gli stabili, le industrie, gl'immobili nella tassa di registro, nelle successioni aperte all'estero (1). Il che deriva dal principio della territorialità del diritto fiscale.

Ma per eccezione a tal principio e per l'altra finzione giuridica che *mobilia sequuntur personam* si ammette che il cittadino sottostia al potere fiscale del suo Stato anche per la sua ricchezza mobiliare, ovunque da lui posseduta, e così, puta, per la rendita estera (2), per le industrie esercitate e per le successioni aperte all'estero. Ma questo principio deve avere il suo limite e il suo criterio correttivo nella ragione della protezione giuridica e non deve essere esteso al di là di quella qualità di mobili che costituisce come una sfera delle persone, nè applicato ad ogni ricchezza mobiliare, avendo questa raggiunto oggi una sì grande e straordinaria importanza da non essere il tributo mobiliare sostenibile se non in virtù della immediata protezione delle leggi e del governo degli Stati in cui si produce (3).

E sì nelle une che nelle altre imposte i cittadini debbono trattarsi alla pari. L'eguaglianza civica in fatto di carichi pubblici è consegnenza necessaria della loro eguaglianza naturale. Come non si può essere più o meno cittadini d'uno Stato, non si può essere più o meno gravati d'imposta. E siccome l'eguaglianza di un peso non si concepisce se non in ragione delle forze che si hanno per sostenerlo, la eguaglianza di carichi importa necessariamente proporzionalità cogli averi.

È questo un principio fondamentale del regime tributario. Ogni

(1) Legge 1874 sul registro.

(2) C. C. Roma 25 gennaio 1877, Colonna; 31 dicembre 1877, 25 giugno e 11 luglio 1878, Moreschi. Pel registro, v. la legge del 1874, art. 74.

(3) Vedi *Leggi sulla ricchezza mobile.*

esenzione di persone, di caste, di ceti, come già un tempo dei chierici, dei nobili, sono immunità e privilegi condannati dalle leggi e dalla ragione del diritto. E così sarebbe del pari ogni disuguaglianza del carico. Senonchè questa, bandita in principio, ritorna in fatto nelle confusioni, nei raddoppiamenti delle imposte, nelle *sperequazioni* degli assetti, nelle disparità dei catasti, e stimola, oggi più che mai, gli animi un bisogno incessante di giustizia nella finanza, come di giustizia nell'amministrazione.

Lo straniero non soggiace che alle imposte reali. E alle immobiliari esso soggiace indubbiamente come il cittadino. *Quid* delle reali mobiliari? In primo si debbono allo straniero i riguardi della cortesia tra popoli onde si usa, per esempio, dare ad esso, allorquando entra nel territorio dello Stato, un tempo di vacanza da certe tasse specialmente municipali che gravano i suoi effetti, i suoi domestici, gli animali addetti a suo servigio. *Quid* dei mobili e dei redditi mobiliari? Il principio: *mobilia sequuntur personam* condurrebbe a dir no. Ma limitato come si è detto sopra per i cittadini riesce alla contraria conseguenza. I redditi degli stranieri che si producono nello Stato sono tassati. Ma può lo straniero essere tassato per cose o atti siano pur esistenti o compiuti nel territorio nazionale, ma che non sono ricchezza, bensì solo indizio o presunzione di essa? Tanto non vale tassare direttamente la persona? E in verità simili imposizioni non si giustificano se non in quanto la presenza delle cose o atti tassati nel nostro territorio può importare una protezione giuridica dei medesimi, di guisa che non sono, come pel cittadino, considerati essi atti e cose qual puro indizio di ricchezza, ma invece quali enti suscettivi di protezione giuridica e in rimunerazione dei servigi sociali. La legge positiva però non fa sempre questa distinzione: non distingue cioè la base indiziaria dalla effettiva.

Tra le persone straniere vanno compresi anche gl'istituti o corpi morali. Diconsi stranieri gli enti morali non tanto quando siano fondati nello Stato a cura o spese di persone straniere, quanto allorchè sono o composti di stranieri, o a beneficio od uso di stranieri. Ma questo è modo volgare di dire o concepire. Un ente, i cui elementi o il cui patrimonio o il cui scopo vivono, sono o si effettuano stabilmente sul territorio nazionale, soggiace necessariamente alla legge territoriale, epperò non è giuridicamente straniero, massime per gli effetti del diritto pubblico. Sono quindi veri

subbietti passivi d'imposta, e non solo per le tasse reali d'ogni maniera, ma eziandio per le personali in quanto possano convenire a persona morale. Sono eccettuate, per diritto delle genti, le persone come i beni dei rappresentanti di potenze estere, come lo sono, per ragione di convenienza politica o per diritto positivo, i beni appartenenti a demanii esteri, o anche a stabilimenti che si considerano attinenti ai governi stranieri, come altresì gli agenti diplomatici (1).

Stabiliti una volta dalla legge i soggetti passivi della tassa, possono essi essere mutati con patti privati? È ella valida la convenzione colla quale il creditore intende riversare sul debitore il peso di pagare la tassa mobiliare, o il proprietario sull'affittuario la fondiaria? E parrebbe non essere pel principio che: *pactis privatorum formam juris fiscalis convelli non placuit*: L. 42, ff. *de pact.* Ma l'argomento perde la sua importanza, distinguendo nella imposta il diritto e l'interesse pubblico dal privato. Certamente inefficace sarebbe il patto che tendesse a sostituire un debitore della tassa all'altro ne' rapporti del fisco. Come inefficace sarebbe quello che tendesse a sottrarre al fisco la materia della tassa, puta che stabilisse la tassa doversi pagare da quello dei contraenti che dèsse occasione a rivelare l'atto soggetto a registrazione (2). Ma, salva al fisco la imposta e fermi i suoi debitori, non è illecito nè ingiusto il patto che ne rovescia il peso da uno ad altro contraente, risolvendosi questo peso in un aggravamento di corrispettività o d'interesse a danno dell'un di essi, ove la privata convenzione è libera ed arbitra. Si è obbiettato che, aumentandosi allora l'interesse, cresce la materia tassabile, e con esso la tassa, onde il bisogno di un patto che anche di questo aumento aggravi il debitore, e così in infinito. Ma si è risposto esser questa logica troppo sottile che s'abbia l'esonerazione dalle tasse a considerare come un aumento d'interesse e pigliarvi un soprappiù di tassa. La giurisprudenza

---

(1) Cons. di Stato 4 luglio 1874; 12 febb. 1875; 4 luglio 1878; 28 novembre 1878. Legge 13 settembre 1874, art. 7 e seg. Legge sulle opere pie 3 agosto 1862, art. 8 e R. D. 1° dic. 1870, n. 6070; R. D. 19 giugno 1873, n. 403. Per le leggi di soppressione vale la legge territoriale. Leggi 1866 e 1877 sugli enti ecclesiastici. Legge 1873, item., art. 23 e seg. Diverso è il caso di ente straniero possidente nello Stato. V. Dizion. Pacifici. V. *Corporazioni religiose*, n. 65.

(2) Legge cit. sul registro, art. 102 comb. art. 12 disp. prel. cod. civ.

prevalente è per questa opinione (1). Alla guisa stessa che fu riconosciuto valido il patto contro il corso forzoso, in quanto eludere non potesse l'obbligo di ricevere la carta-moneta, ma recasse l'obbligo di pagare la differenza di essa dall'oro, o recasse sanzioni di risoluzione di contratto, e simili (2).

Una subalterna quistione nacque a vedere se bastasse a produrre la esonerazione del creditore il patto generico che l'interesse convenuto andasse esente da ogni tassa, e, più particolarmente, se giovasse a questo effetto un simile patto stipulato anteriormente alla legge che stanziò la imposta. Quistione di pura interpretazione della volontà dei contraenti, risoluta anch'essa, per lo più, in favore del creditore (3).

Diciamo ora più particolarmente delle cose come soggetto passivo o base delle imposte. È subbietto e base d'imposta per lo Stato ogni ricchezza che abbia sede o si produca nel suo territorio, ed ogni ricchezza mobiliare che, ovunque situata, possa considerarsi come accessoria alla persona del cittadino. Ma la ricchezza può considerarsi base d'imposta in modi svariati. V'hanno distinzioni *formali* della base e distinzioni di *contenuto*.

La prima distinzione formale è tra *capitale* e *reddito*. Capitale è ogni cosa utile destinata alla produzione. Reddito è il prodotto stesso utile che se ne ritrae per essere consumato nei bisogni della vita. Quale delle due categorie dev'essere presa a base d'imposta? Questione economica che ha varie soluzioni, di cui la prevalente è quella del *reddito*, perchè più solida, meno nociva alla produzione, più giusta e proporzionale alla capacità di contribuzione.

La giustizia amministrativa, quando lo consenta la natura dell'imposta, preferisce la tassa sul reddito, perchè questa sola rap-

---

(1) C. C. Napoli 9 febbraio 1878, Diana e Caputo; C. C. Torino 26 luglio 1878, Beltrame e Trivigliano. — MANTELLINI, loc. cit., p. 268; *Contra*, C. C. Roma 19 dicembre 1871; C. Firenze 1873; C. Trani (*Annali*, V, 2, 4829 e VI, II, 239).

(2) V. nel *Foro ital.*, anno 1877, p. 1212.

(3) Trib. Roma 18 gennaio 1876 (*Foro ital.*, 1876, pag. 183); C. C. Torino 18 maggio 1870 (*Annali*, IV, 278); C. C. Firenze 26 maggio 1875 (*Annali*, IX, 374); C. C. Torino 2 marzo 1877 (*Annali*, XI, 170); C. C. Roma 25 aprile 1877 (*Foro ital.*, 1877, 1160).

Vedi *Monografie* sulla questione del JANUZZI, del MANCINI, del GIORGI. Vedi i *Comenti* del GIOVANNELLI e del QUARTA alla *Tassa di ricchezza mobile*, e il PESCATORE, *Logica*, cap. 34. Vedi tuttavia la riforma del 1895 detta l'emendamento ANTONELLI.

presenta la vera ed efficace ricchezza, e perchè la tassa sul capitale, sia pure determinata secondo il suo valore venale, si riduce a tassa sopra un reddito medio o legale *capitalizzato.*

Dall'essere il reddito la base dell'imposta segue la esenzione dei fondi nazionali, provinciali, comunali di uso pubblico, perchè improduttivi di rendita e segue in genere la naturale esenzione dei capitali improduttivi, come le suppellettili, i fabbricati per loro natura non utilizzabili, p. e., giardini e simili, trannechè posson essere tassati quali argomenti e indizii di ricchezza, come anche i consumi e le spese, e trannechè siano destinati ad uso o godimento personale che possa agguagliarsi a risparmio di spese, e rappresentino un valore venale.

Le tasse sul reddito debbono essere sul reddito *netto;* principio che alcuni fondano nel concetto stesso della imposta che dev'essere sul *risparmio*, concetto però vago e disputabile, perchè la tassa è una compartecipazione dello Stato alla rendita privata, indipendente dall'idea del superfluo. Il senso giuridico di questa parola è diverso alquanto dall'economico ed è più largo di esso. La rendita netta è il beneficio dal proprietario dovuto alla superiorità della forza produttiva naturale del suo fondo in confronto agli altri fondi. Il reddito netto fiscale è invece ogni prodotto, levata la sola spesa di produzione e le annualità passive certe (1) inerenti alla produzione stessa, e nemmeno gli interessi del capitale mobile impiegatovi: molto meno le spese pel mantenimento del produttore, persona o ente, e della sua famiglia (2), e così a pari le spese che si erogano nello adempimento degli scopi dell'ente, siano pur di beneficenza o di altra pubblica utilità.

Si debbono pertanto o no detrarre dai redditi le passività, i debiti? Chi nega dice che la protezione legale, che è il titolo delle tasse, è tanto pe' redditi netti che pe' lordi. Il che è un sofisma, fondato sul falso supposto di esser la tassa il corrispettivo delle protezioni sociali e lo Stato una società d'assicurazione. La tassa dev'essere proporzionale all'avere, e il debito non è avere. Al che si aggiunga che sulla somma del debito v'è già un contribuente

---

(1) Legge 24 agosto 1877, n. 4021, art. 31; C. C. Roma 23 giugno 1878. — MANTELLINI, op. cit., I, 312.

(2) C. C. Roma 24 giugno 1876, 29 giugno 1877, 19 marzo 1878, 22 agosto 1879, causa comune di S. Alessandro, educandati di Napoli, Piazza. — MANTELLINI, ivi.

che paga imposta, ed è il creditore. Tuttavia nelle contribuzioni dirette non s'accorda il diffalco dei debiti nè ipotecari sui fondi, nè chirografari sui capitali mobili, per ragione di possibilità e di sicurezza finanziaria, e sulla considerazione che il contribuente può sempre liberarsene pagandoli. Si ammettono però le detrazioni dei debiti attinenti strettamente al capitale o reddito imponibile, contratti cioè per ristaurar la fabbrica, per costituire il fondo di commercio, per migliorare i terreni. Si detraggono ancora i canoni e i pesi dipendenti da un condominio.

E il reddito dev'essere, come la tassa, almeno relativamente *certo*, onde necessario il calcolo de' rischi, maggiore, p. es., nei redditi commerciali che ne' fondiarii, il quale elemento può rientrare, in altro aspetto, sotto la categoria delle spese di produzione del reddito. Per la certezza del reddito, sogliono tutti ragguagliarsi al cinque per cento che è l'interesse legale dei capitali pecuniarii, o della rendita pubblica che è il valore più comune e il tipo dei valori.

Le cose, basi d'imposta, possono essere immobili o mobili, corporali o incorporali. Può sorger questione sulla identità e sulla situazione territoriale delle cose mobili e delle incorporali, cioè dei diritti. L'identità di un reddito industriale se sia controversa, puta se si disputa se il reddito proveniente da un opificio, da uno stabilimento sia da considerarsi tutt'uno con quello di un'altro, deve desumersi non tanto dal luogo ove si esercita l'industria, o dalla persona dell'esercente, ma dall'unità dell'industria e del negoziato in sè medesimo (1).

Ma quando un reddito s'intende esistente nel territorio dello Stato o del comune perchè soggiaccia, p. e., alla tassa mobiliare? Se il reddito appartiene a un cittadino o ad uno straniero domiciliato, e la tassa è stabilita in modo personale, la quistione è inutile, essendo tassati tutti i crediti o redditi di credito appartenenti al cittadino, ovunque prodotti o esistenti e anche provenienti dall'estero (2). Ma se si tratta del reddito di uno straniero non domiciliato o di quello d'un cittadino, ma gravato di tassa puramente reale, interessa di sapere quando questo reddito esiste e il reddito si produca nel territorio o fuori, avvegnachè se il reddito è nello

(1) C. C. Roma 5 giugno 1878, Desio. — MANTELLINI, I, 316, 317.

(2) *Contra* il MANTELLINI, op. cit., I, 312, arg. dalla legge 1877, sulla imposta mobiliare, art. 2-6, che non distingue cittadini da stranieri.

Stato è tassabile, e non lo è nel caso contrario. Ora un reddito è territoriale quando si produce nello Stato, cioè da industria esercitata nello Stato, il cui titolo o fonte è nello Stato. Un credito poi è nello Stato, quando ci sta il debitore, la cui sostanza fornisce il pegno del credito. Ciò è conforme al principio della protezione giuridica, ed è il concetto adottato dalla legge italiana (1). Così la tassa di registro sui crediti non colpisce che i crediti i quali sono esigibili o assicurati in Italia, o sono prezzi di stabili territoriali, o che risultano da contratti stipulati tra nazionali in Italia. È una cambiale va soggetta a tassa quando, pur tratta dall'estero, è pagabile nel regno (2).

Tra i crediti, può esser base di tassa quello dei cittadini o stranieri verso lo Stato medesimo? La soluzione giuridica non dovrebbe essere differente da quella adottata per tutti i crediti che sono nello Stato. Esso è territoriale, quindi tassabile. Ma fu impugnata strenuamente per ragioni speciali, non solo quanto a' crediti degli stranieri, ma quanto a quelli de' cittadini. E l'arma principale fu che lo Stato non deve riprendere da una parte quel che promette dall'altra; non deve, con fatto suo proprio, frodare una parte dell'obbligo solennemente contratto, invalidare la fede sotto cui riposa il credito suo stesso. A che si aggiunge che lo Stato non ci guadagna nulla, perdendo in vendere la sua rendita tanto quanto guadagna assottigliandola della tassa.

Nè vale, soggiungono, il dire che lo Stato che, come contraente, promette la rendita, come autorità protegge l'adempimento della promessa, e per questa protezione, come per quella di ogni altro reddito, leva la tassa. Imperocchè a tal protezione lo Stato è già per patto obbligato, perchè non possa esigerne compenso veruno. Senza che si possa nè meno eccettuarne i titoli che si acquistarono in commercio dopo la emissione, dacchè egli è vero che il portatore li acquistò già gravati di tassa e quindi di tanto meno ebbe a pagarli, ma la distinzione fra i creditori primitivi e creditori aventi causa da altri sarebbe impossibile per la medesimezza del titolo e sarebbe anche economicamente improvvida (3).

---

(1) Detta legge, art. 3. — MANTELLINI, loc. cit., p. 312. — PESCATORE, *Logica*, p. 112.

(2) Legge 1874, sul registro, art. 12. — V. C. C. Roma 16 febb. 1877. — FOELIX, *Dr. pr. int.*, n. v, 388; MANTELLINI, loc. cit., pag. 385.

(3) PESCATORE, *Logica*, p. 113.

Tali ragioni non son tali da infirmare il principio di giustizia della indistinta *tassabilità* di tutti i redditi. Lo Stato non rinnega la sua fede tassando le rendite pubbliche, perchè contraendo non può mai abdicare i suoi diritti di sovranità. Inutile quindi cercare se vi sia nella tassa il tornaconto finanziario; la ragione di giustizia starebbe anche quando fosse inutile, il che non può essere, dipendendo il tasso della rendita da ragioni generali di concorrenza tra tutti i valori (1). Tale ragione prevalse presso il legislatore italiano, e la rendita pubblica, che prima era vietato tassare (2), fu assoggettata a tassa per ritenuta (3).

La ricchezza può essere considerata tutt'assieme radunata nella persona del contribuente o variamente secondo le sue specie. E chi vorrebbe prenderla a base d'imposta nel primo modo, e chi nel secondo. Il primo sistema, cioè della imposta generale e complessa o sul patrimonio o sul reddito, vanta per argomenti il pregio della semplicità, la eguaglianza della ripartizione, l'economia della percezione, la sicurezza dell'incasso, lo evitarsi degl'incomodi delle incidenze e delle ripercussioni. Ma i pratici e i governi stanno pel secondo sistema della varietà dell'imposta, principalmente perchè esso adatta i modi di assetto e di riscossione alla varia natura delle imposte e de' redditi.

Una terza, e alla seconda molto affine, distinzione circa la base dell'imposta è quella dell'imposta *unica* o *molteplice* secondo le diverse ragioni della ricchezza. Quistione differente dall'altra della imposta generale o speciale in ciò che il sistema d'imposta unica può eziandio trovarsi in una imposta speciale, benchè, collocato da alcuni in un'imposta generale e complessa (quella diretta, p. e. sui redditi di capitali d'ogni sorta, o sui capitali stessi), si confonda allora con questa. Il problema è questo: giova egli avere una imposta che, o per la complessità sua, o per le sue naturali ripercussioni, esaurisca tutta la capacità subbiettiva di contribuzione del contribuente e basti ai bisogni dello Stato; o è necessario di avere tante imposte quante sono le qualità de' beni da formare un armonico sistema che riparta equamente i carichi pubblici e provveda pienamente ai pubblici bisogni? Arride la imposta unica a

(1) PESCATORE, *Logica*, p. 112, 113, 114, 124.

(2) L. 10 luglio 1861, art. 3.

(3) Legge 1877, art. 11.

molti e gravi scrittori e fu vagheggiata dai fisiocrati, a cui la terra pareva l'unica ricchezza e quindi l'unica materia imponibile e si raccomanda per la semplicità dell'amministrazione, per la comodità del contribuente, perchè si evitano i raddoppiamenti, cioè il tassare la medesima ricchezza sotto forme diverse. La maggior parte degli economisti, senza rinnegare l'ideale bellezza di questo sistema, ne reputano la pratica impossibile, perchè o si sceglie una base generale e complessa di tassa e si hanno le difficoltà e gl'inconvenienti del sistema vario, o si adotta una base speciale, come, p. e. la fondiaria, o i consumi, e non si raggiunge nè l'egualità tra contribuenti, nè la proporzionalità agli averi. Anzi è riuscito sinora impossibile di trovare una base unica che, sia pure colle naturali diffusioni della imposta, abbracci tutte le classi de' contribuenti.

La questione economica trae poi seco la giuridica, e la fa da sè dipendente. Astrattamente, dato un assetto regolare e perfetto di tasse dirette non si comprendono le tasse indirette se non come veri raddoppiamenti, o almeno come inutili frazionamenti del sistema d'imposizione. Ma gli economisti difendono le indirette come supplementi alle inevitabili imperfezioni e lacune del sistema delle tasse dirette e come un complemento delle medesime, di che si dirà meglio più innanzi.

Certo egli è che nella imposizione delle gravezze deve l'economista e il legislatore aver presente quell'altra distinzione formale della base, cioè di una base *diretta* e di una base *indiretta*. Questa è quel che si dice l'*incidenza* o la *ripercussione* della tassa, fenomeno economico che si ha quando una tassa posta sopra una ricchezza ricade, per legge di concorrenza, sopra un'altra, o meglio imposta ad una classe di contribuenti si riversa sopra un'altra, come, ad esempio, la tassa de' consumi dal produttore o negoziante della merce sul consumatore, o quella de' fabbricati dal proprietario delle case sugl'inquilini, o quella sulle terre da' proprietari a' consumatori de' prodotti agrarii, o, infine, la industriale e professionale dall'industriante e professionista su chi acquista i prodotti dell'industria o i servigi della professione, o infine la tassa-registro che si crede imposta al creditore e al compratore e invece va a colpire il debitore e il venditore, cioè la poverta invece della ricchezza.

Quantunque si creda da alcuni (1) che le ripercussioni e la *diffusione* delle imposte finiscano per compenetrarne il peso nel prezzo

---

(1) THIERS, *De la propr.*, l. 4; PESCATORE op. cit., p. 241, 243.

della cosa e pagarsi da' più ricchi; tuttavia, siccome quel fenomeno è molto relativo, lento e incostante, il legislatore tributario deve tener conto della ripercussione delle tasse, e siccome egli non ha potere di moderarla a suo grado per ripartir le gravezze equamente, dee precorrerla colla mente e accomodarsi a questa legge: lavoro difficile e di mutevole risultato per le naturali e continue oscillazioni di tutti i valori e di tutti i servigi dipendenti, per lo più, dal movimento della popolazione in relazione al capitale. Il legislatore deve aver cura di evitare le incidenze, o almeno le false incidenze, cioè quelle che oltrepassano le sue giuste intenzioni. Così, s'ei vuol colpito il produttore, deve fare che tutte le produzioni siano proporzionalmente colpite, avvenendo per legge economica che una tassa speciale sulla produzione o un' ineguale sopra una produzione tenda a ricader sui consumatori della medesima (1).

Una distinzione logica della base della imposta si è pur quella, già sopra accennata, di vedere quando la base è puramente indiziaria o quando effettiva. Un medesimo obbietto complesso può essere preso a base d'imposta nelle sue diverse parti e sotto aspetti diversi. Nei fabbricati, p. e., si può considerare e gravare la rendita netta, e si avrà la *tenant-tax* o *income-tax* inglese, o invece gravare certe parti che rispondano al valor del tutto (porte e finestre), o il suolo *(land-tax)*, o i fitti (tassa fabbricati in Italia), o pigliarla come indizio di ricchezza dell'abitatore (valor locativo). E per ragioni e sotto aspetti differenti contribuirà, pel fabbricato medesimo, l'inquilino che v'abita, il proprietario che ne ritrae il fitto e colui che vi esercita l'industria degli affitti, ed anche vi pagherà due tasse la medesima persona, p. e. la tassa de' fabbricati e quella del valor locativo il proprietario che abita la propria casa.

Basi indiziarie possono essere anche le persone (p. e. i domestici), o gli animali e le cose che non sono ricchezze, ma spesa (cavalli, cani, vetture). Stabilite siffatte tasse, nella loro applicazione e ne' loro effetti non influisce la distinzione. Il legislatore colpisca pur la spesa, la si ha come ricchezza. Ma nell' imporla appunto il legislatore tien presente la distinzione, perchè la tassa riesca proporzionale non al numero obbiettivo delle cose, ma alla ricchezza di cui può essere indizio. Ben ci sembra più da ripro-

(1) Vedi le regole nel PESCATORE, *Logica delle imposte*, p. 80, 213; ROSSI, *Fragm. sur l'impôt*, leç. 6; THIERS, *De la propr.*, l. 4.

vare la espressione di tassa *sulla spesa*, che si adopera generalmente per le tasse indirette, perchè non risponde al concetto del legislatore, che è quello non di gravare la spesa, che è assurdo e iniquo, ma la ricchezza indicata da essa, o meglio dagli oggetti che si tengono in uso dal contribuente.

La base è tassata in una certa relazione al contribuente. La relazione può essere però di proprietà, può essere d'uso o di possesso. Nelle tasse dirette si tassa ordinariamente il proprietario: nelle indirette il possesso, in alcune l'uso, p. e., le vetture o i cavalli in quanto si adoperano nel territorio. Ma quando si dice tassarsi il proprietario, non s'intende che l'amministrazione fiscale debba risolvere le questioni di proprietà. Per lo più essa bada al proprietario apparente, qual risulta da' ruoli, o dalle fonti cui i ruoli attingono, p. e. dal catasto, salvo rivalsa dell'apparente verso il vero proprietario. E la proprietà, l'uso, il possesso riguarda il momento in cui la tassa è indetta (*scadenza*).

*Quid iuris,* se la proprietà sia divisa, puta in diretta ed utile, in proprietà nuda ed usufrutto? Il fisco si rivolge all'utilista e all'usufruttuario, ma nelle tasse *reali,* avendo il fondo obbligato, gli è indifferente la distinzione quanto all'azione reale e a' privilegi, perocchè quella e questi colpiscono tutto intiero il fondo. La quistione che si fa in diritto civile a chi spetti il peso delle imposte, come di tutti gli altri pesi reali, è utile ne' rapporti tra' diversi aventi diritto (1) non ne' rapporti tra ciascuno di essi e il fisco (2), stante la natura reale e individua del diritto. Ma di ciò fu detto sopra.

La più celebre distinzione formale è fra imposta *diretta* e *indiretta.* Surta, sembra, dalla pratica finanziaria, pel diverso modo onde alcune imposte sono riscosse mediante *ruoli* de' contribuenti nominativamente indicati e intimati a pagare a termini prestabiliti quote determinate, ed altre invece avventiziamente, in certe contingenze e termini dal fisco previsti e contro contribuenti non preconosciuti e in proporzioni solo a *tariffe*, la scienza ha voluto con esatto criterio illustrarla e al criterio puramente esterno ed empirico sostituirne uno intrinseco e razionale. E chi ha detto le

(1) Cod. civ., art. 506, 527, 1558.

(2) L. 26 gennaio 1865, n. 2136, art. 3; L. 20 aprile 1871 *Sulla riscossione delle imposte dirette,* art. 67. Nè osta il regol. 25 agosto 1876, n. 3303, art. 44.

dirette esser quelle che colpiscono la ricchezza ne' possessori medesimi, e indirette quelle che colpiscono soltanto un fatto di produzione, di circolazione o di consumo senza riguardo agli averi e alle persone dei contribuenti (1): quasi vi potesse esser tassa che gravi chi non è possessore di una ricchezza, e anche le indirette non fossero proporzionali a una ricchezza, puta la tassa del registro e dei consumi. Altri invece la distinzione fondarono sul fenomeno d'*incidenza* delle tasse, dirette dicendo quelle che sono sostenute dalle persone stesse cui sono indette, e indirette quelle che, anticipate da un contribuente, vanno a riversarsi sopra un altro, puta dal venditore o commerciante sul consumatore (2). Criterio arbitrario e indeterminato, perchè il fenomeno d'incidenza dipende dalle contingenze variabili del mercato, e può influire a mutare i contribuenti tanto nelle imposte dirette che nelle indirette, la intenzione del legislatore potendo essere da un istante all'altro sopraffatta dalla forza della legge economica della concorrenza, come può essere alterata dalle convenzioni private. La tassa registro, comunemente considerata come indiretta, sarebbe diretta nel senso di codesta sentenza. V'ha chi dice la distinzione corrispondere a quella del capitale e del lavoro: dirette essere le imposte che si dirigono a quello, indirette a questo: dacchè il lavoro non potendo essere tassato per sè medesimo, ma solo ne' suoi prodotti, questi sono tassati alla loro consumazione (3). Principio incompleto sempre (4), perchè non abbraccia nelle indirette le tasse di registro, di successione, che infatti sono in questa opinione collocate tra le dirette, e nemmeno sui servigi pubblici e sugli affari, e sembra restringere la classe delle indirette a' soli consumi. Principio ancora inesatto, perchè da un lato il capitale concorre nei prodotti e può anzi esser capitale la merce colpita con tasse indirette; dall'altro il lavoro concorre nelle rendite tassate con tasse dirette. Non manca infine chi piglia la distinzione dalla doppia categoria delle cose immobili e mobili, in quanto le immobili possono essere tassate direttamente nel capitale o nel reddito anticipatamente e facilmente accertabile, mentre le mobili, cioè i prodotti,

---

(1) De Gioannis Gianquinto, *Corso*, I, § 443.

(2) Pescatore, *Logica*, p. 29, 183.

(3) Persico, *Principii*, II, p. 81 e seg.

(4) Manna, Vedi *Principii*, ecc. annot.; Ciancaglini, II, 61, 62.

non possono essere colpite se non nella circolazione o nel passaggio (1). Ma e non si tassano altresì direttamente le cose mobili colla tassa mobiliare? E indirettamente le immobili ne' loro passaggi colle tasse di registro?

Non dunque la natura delle cose immobili o mobili, capitale o reddito, non gli agenti economici, capitale o lavoro, non i fatti economici stessi di produzione o circolazione, nè il fenomeno d'incidenza o ripercussione dànno origine esclusivamente alla distinzione, comecchè in un certo grado possano questi criterii variamente concorrervi, ma il solo modo o momento giuridico della percezione è quello che la determina. Possono e dirette e indirette cadere su mobili e su immobili, colpire il capitale e il lavoro, il capitale o il reddito, ferire la produzione o la circolazione (benchè più le dirette pesino sulla prima e più le indirette sulla seconda), e così eziandio e le une e le altre colpire in apparenza una classe, ricadere in sostanza in un'altra classe di contribuenti. Ma sono e si dicono dirette solo quelle che colpiscono la ricchezza, ovvero un possessore di essa, vero o presunto, sol perchè tale, in un momento scelto dal legislatore, le indirette quelle che lo gravano in occasione di un fatto eventuale del medesimo. Criterio quindi tutto esteriore non rispondente alla natura intrinseca della base d'imposta, nè quindi conducente ad un'equa ripartizione, se non pure fallace e pericolosa ad essa.

Sono così imposte dirette le personali tutte: capitazione, famiglia, fuocatico, e tra le reali le tre principali, cioè fondiaria, fabbricati, ricchezza mobile, e le altre sulla ricchezza o sintomi di essa, puta: domestici, cavalli, cani, vetture, valor locativo, manomorta.

Indirette poi sono le tasse sugli affari: bollo, registro e suoi accessorii o surrogati di manomorta, e in questo senso anco la tassa sulle società commerciali;

le tasse sui servigi pubblici: giudiziarie, ipotecarie, scolastiche, poste, telegrafi, ferroviarie, pesi e misure, marche di metalli preziosi, il registro e bollo stessi in parte;

le tasse di fabbricazione o consumo, come le dogane e i dazi di consumo (2).

Lasciamo a' finanzieri e agli economisti il giudicare della preferenza tra le due classi e vedere se le dirette debbano preferirsi,

---

(1) MANNA e annot.; CIANCAGLINI, II, 61-62.

(2) Vedi l'enumerazione e classificazione, più innanzi nell'art. 5.

come sembra oggimai la tendenza, per la certezza maggiore, o non invece favorirsi le indirette, come pensava il Thiers, per la maggiore divisibilità, comodità, e per la sensibilità minore a' contribuenti (1). Basti osservare, dall'aspetto giuridico che le tasse indirette, sia sugli affari, sia sui servigi, sia sui consumi, sono un *raddoppiamento* delle dirette, pesando sulla stessa base, capitali o prodotti, su cui già pesarono quelle, epperò non sono giustificabili se non come un supplemento a' difetti o a' vuoti del sistema delle dirette, e quindi mancherebbe ogni ragione di giustizia a difenderle il giorno che tali difetti o vuoti potessero sparire. Come eziandio rimane a cura e studio de' finanzieri e degli economisti il giudicare se, nella verità delle cose, la imposta indiretta sia atta a questo ufficio di riparazione o non invece sia un rincaro sui mali delle altre, colle spese e le molestie di un nuovo ordine di tasse, e, dato che possa essere atta a quell'ufficio, qual sia il sistema che vi corrisponda.

Quel che è importantissimo giuridicamente a considerare nelle imposte indirette è il momento giuridico della percezione, il fatto cioè di produzione, di circolazione o di consumazione in ragione del quale è indetta la tassa, e sul quale quindi sembra che come base la tassa sia assisa, p. e. il momento d'introduzione ne' dazii di consumo in comuni chiusi, di spaccio e vendita al minuto ne' comuni aperti, d'introduzione nelle dogane, ne' dazii esterni o di confine, di stipulazione negli atti traslativi di proprietà per le tasse di registro e di successione, di compera ne' generi di monopolio, ecc.

Passato il momento giuridico, compiuto il fatto cui era allegata la percezione della tassa, la giurisdizione fiscale è esaurita, e più non può rivivere. Quindi è principio ammesso che, introdotto, p. e., il genere colpito di dazio entro linea, s'intende come consumato, avvegnachè la legge non potendo per natura gravare le cose al momento del consumo, le colpisce invece a un momento o fatto che lo precede, puta il passaggio loro nella cinta daziaria nei comuni chiusi, o nel luogo di vendita ne' comuni aperti, o quello della fabbricazione o quello della macellazione delle carni (2).

Onde avviene che se quel genere introdotto e, come dicesi, *sdaziato*, si trasformi in altro che è colpito di dazio diverso e mag-

(1) V. Pescatore, op. cit., p. 93; Ducrocq, *Cours*, ii, 14; Manna, ii, 64.
(2) Legge 3 luglio 1864, art. 6.

giore, non per questo venga sottoposto a nuovo dazio, puta se il vino sia travasato da vasi grandi in piccoli, o se la carne macellata sia manipolata in più squisiti prodotti (1).

Considerata la base d'imposta, conviene trattare della quantità, cioè della misura o altrimenti del rapporto dell'imposta alla sua base. Di tal rapporto va considerato il *limite*, la *forma*, la *quantità* o *misura*.

Il limite sta nell'avere de' contribuenti. La tassa non solo non deve adeguare nè superare, ma non mai raggiungere l'avere se è vero che la imposta è una *quota*, che lo Stato preleva sulla ricchezza dei cittadini. Dev'essere dunque salva al contribuente la spesa del suo mantenimento e della famiglia. La ragione economica aggiunge a tal limite di giustizia anche un altro, ed è che l'imposta deve riservare ancora una quota di risparmio e di *capitalizzazione*, onde la stessa fonte della ricchezza nazionale non sia disseccata nè scemata. La proporzionalità non è sempre esplicita, nè si manifesta nelle tasse così dette *fisse* e nelle *personali*, ma sottintesa dev'esserci sempre nella realtà del fatto, onde la necessaria e indispensabile modicità che in quelle tasse è singolarmente richiesta.

La proporzionalità delle tasse all'avere del contribuente, una delle famose regole fondamentali di Smith sulla imposta (2), consiste nel dover essa aumentare in ragione esatta del potere di contributo, cioè dell'avere medesimo.

Ma non potrebbe aumentare in ragione varia e crescente colla stessa ricchezza di ciascuno? È la tassa che si dice *progressiva*, e che mira a colpire il *superfluo*. Se n'ha traccia nelle leggi greche; nel sistema tributario di alcuni comuni medioevali italiani, tra altri di Firenze; fu ammessa dalla convenzione francese, e nelle legislazioni moderne ce n'ha esempio in Inghilterra *(income-tax)*, in Baviera e in Prussia *(Klassensteuer, Eincommensteuer)* ove la ragione progressiva nelle tasse mobiliari fu accolta quasi ad ammenda della gravezza delle tasse sui consumi, e recentemente in Italia in qualche imposta comunale, per es. di *famiglia*. Nè le mancano suffragi di autorevoli scrittori, come il Montesquieu, il

---

(1) C. A. Roma, causa Cametti e Di Battista, 20 gennaio 1877; C. C. 14 dicembre 1877; C. Bologna, item, 22 luglio 1878; v. Monografia dell' autore *Riv. ammin.*, 1878, pag. 97.

(2) Lib. v, c. 2; V. Persico, *Principii*, p. 79; Pescatore, *Logica*, pag. 25.

Rousseau, il Say e il Mill, e, almeno nell'ordine teorico, del Pescatore (1). Suo fondamento principale è che il sacrificio della tassa per essere più eguale ed uniforme vuol pesare più sui maggiori che sui minori abbienti.

Ma le più delle moderne legislazioni e scuole la condannano come contraria all'eguaglianza giuridica, come nemica del risparmio e del capitale, come inconseguente e arbitraria se si ferma nella progressione, comunistica affatto se procede logicamente, fondata infine sopra una ragione arbitraria e soggettiva della *sensibilità* personale della imposta, anzichè sulla equivalenza de' servigi sociali. Evidenti e giustissime ragioni, consacrate dall'autorità del precetto statutario.

In quanto alla forma, è duplice: di *quotità,* e di *contingente,* secondochè la contribuzione individuale è determinata dalle legge stessa, o n'è determinata invece una somma complessa che poi si riparte per via di arbitrato governativo tra provincie e poi tra compartimenti. Onde nel primo sistema si ha la certezza del tributo pel contribuente, nel secondo per lo Stato. Erano per contingente presso noi la fondiaria e la tassa mobiliare per le leggi 14 luglio 1864, n. 1830, 1831; ora non son più. Le tasse indirette sono tutte di quotità. La quistione della forma è puramente finanziaria ed economica: ma ne è conseguenza giuridica importante, che nel sistema del contingente la parte de' non solventi accresce agli altri, onde un interesse maggiore di tutti a far che niuno sfugga alla tassa, e la maggiore garanzia di solerzia e di imparzialità nelle commissioni popolari chiamate ad accertare la materia *imponibile,* cioè i redditi.

### ART. 4. — *Misura dell'imposta.*

Circa la quantità o misura dell'imposta poco è a dire. È opera tutta del legislatore, il quale dev'essere dominato da criterii finanziarii ed economici, cioè da' riguardi ai bisogni dell'amministrazione non meno che allo stato della ricchezza nazionale. Una ricerca giuridica cade a questo proposito, ed è se la quantità della imposta possa essere aggravata col raddoppiamento, col tassare cioè due volte la stessa ricchezza. Il principio del *non bis in idem* in

(1) Op. cit., c. 3, p. 17.

quanto a' tributi, non è d'ordine giuridico ma legislativo; non riguarda il diritto costituito, ma da costituirsi. È forse contrario agl'interessi della finanza e dell'economia pubblica, alla semplicità e all'economia dell'amministrazione il colpire una ricchezza sotto due aspetti, e in due o più diversi momenti, anzichè in una forma e in un momento solo. Ma il diritto non ci avrebbe nulla a ridire. Tanto vale per la proprietà gravarla di una tassa grave che di due diverse più lievi. Il sistema delle tasse è infatti un sistema di raddoppiamento. Tutte le tasse indirette e le personali dirette non hanno a scopo che di colpire la ricchezza medesima già colpita dalle tasse sul reddito fondiario, sul reddito de' fabbricati, sulla ricchezza mobiliare.

E ciò può essere anche opportuno per rendere meno sensibile la tassa, dividendone la percezione in momenti più favorevoli e comodi al contribuente, p. e. la successione ereditaria, l'alienazione degli immobili, o per colpire parte della ricchezza sfuggita alla imposta diretta. Il principio però ha più valor giuridico nell'ambito d'una medesima tassa, p. e. del dazio di consumo, che non conviene cada due volte sopra il medesimo obbietto. Ma che cadano sopra un medesimo debitore e reddito più tasse diverse, è frequente, puta là fondiaria e la mobiliare sovra il reddito d'un beneficio costituito da un canone (1), o una rendita costituita in cambio di beni ecclesiastici (2). Ma neppur nell'ambito di una medesima tassa e medesimo aspetto è assoluto. Ed è limitato in prima alla cerchia della medesima giurisdizione fiscale: chè non repugna, il medesimo oggetto soggiaccia a più tasse, sia pur della medesima specie, entrando successivamente in giurisdizioni diverse. Poi, anche nella stessa giurisdizione, può darsi giustificata eccezione, allorquando l'oggetto subisca una trasformazione, puta se la farina si converta in pane, o l'uva in vino. Nel qual caso non solo non è ingiusta una tassa sul maggior pregio che la ricchezza ricevette dalla sua trasformazione, ma anche una nuova tassa è giustificabile, bensì per sole ragioni di comodità, certezza, economia di percezione. Così avviene che importato, p. e., in una circoscrizione daziaria comunale il pane, questo è gravato della sua tassa senza restituirsi quella che già fu percepita dallo Stato medesimo sopra la farina, salvochè la

(1) C. C. Roma, 18 dic. 1877, Minniti.
(2) L. 22 gennaio 1876, n. 2902.

legge, per ragioni di riguardo a un genere di alimento o altr'uso popolare o di favore a certe produzioni e industrie, non disponga altrimenti, come avviene nel caso dell'uva, dell'uliva, del grano (1). La funzione dunque del principio *ne bis in idem* riducesi ad essere, nell'ordine giuridico, semplicemente esegetica: non si presume giammai la ripetizione d'una tassa quando non è espressa da legge.

### § 2. — Dell'imposta nella sua percezione.

Stanziata, ossia dato, come dicesi, assetto alla tassa, la si deve percepire. L'azione dell'amministrazione pel ricovero della tassa si divide in due momenti: 1. Determinazione della ricchezza tassabile; 2. Esazione della tassa.

#### Art. 1. — *Accertamento della ricchezza tassabile.*

L'accertamento è la determinazione della materia tassabile in quanto ricchezza, cioè nel suo valore. La certezza della ricchezza, o *ente da tassare,* non potendo essere assoluta o naturale, la legge si contenta di una certezza relativa o giuridica.

I sistemi di accertamento variano secondo la natura della tassa, e della materia tassabile (2). Nelle imposte dirette a capitale, il sistema che loro conviene è la estimazione diretta della cosa, ricavata dal prezzo venale, o dalla riduzione in capitale della rendita al saggio ordinario, supponi quello de' mutui fruttiferi o della rendita consolidata dello Stato.

Nelle imposte dirette a reddito, v'è il sistema per ricerca diretta o denuncia verificata, come nella tassa mobiliare in Italia e in Inghilterra, nella tassa fabbricati presso noi; il sistema indiziario; e i sistemi misti.

Il sistema della ricerca diretta si puo fondare sulla denunzia dello stesso contribuente verificata d'ufficio, o sopra il solo fatto ufficiale. Il sistema indiziario è quello che ricava l'importare del reddito da un fatto o altro sintoma che abbia un rapporto col medesimo, p. e. le porte e finestre per rilevare il reddito della casa, il valore locativo per rilevare il reddito mobiliare o il reddito complessivo del

---

(1) C. C. Roma, decis. 7 e 12 agosto, causa Paternò.

(2) Vedi il Manna e Telesio, *Principii*, II, p. 114 e seg.

contribuente. Sistemi misti (usati in Francia, Austria, Prussia) son quelli che si giovano della denuncia o informazione diretta e a un tempo degl'indizii, come, p. e. del capitale impiegato, del numero degli operai occupati nella industria. Al sistema indiziario appartiene pure la divisione per classi delle terre secondo i generi di cultura colla suddivisione in gradi, come altresì la classificazione delle industrie e delle professioni, sia secondo la loro relativa intrinseca importanza e il profitto ordinario, sia secondo i centri di popolazione in cui si esercitano. Presso noi le tasse dirette sono accertate colla denuncia e verifica diretta de' redditi (1). Il sistema indiziario, adottato un tempo dalla legge sarda per la tassa mobiliare (2), fu condannato come assai somigliante a una capitazione. Sulla preferenza di tali sistemi variano gli autori, tra' quali è notevole la opinione di chi, come lo Stein e il Pescatore, vorrebbe riservare la ricerca diretta alla ripartizione del contingente tra' singoli contribuenti, perocchè la denuncia, fallace sempre, o la verifica ufficiale sempre odiosa, divien proficua in tal caso, ove tutti hanno interesse alla esattezza dell'accertamento.

Nella imposta fondiaria, sia di terreni, sia di fabbricati, lo strumento dell'accertamento può essere il *catasto,* o censimento, come è in Francia per la tassa fabbricati, che s'impone sul reddito catastale. Istituzione di pubblica e di privata utilità, la cui idea madre è di lontana origine (3), ma appena d'un secolo la forma recente, applicata prima a' rustici, poi a' fondi urbani. Nè manca chi vorrebbe estenderla a' capitali o redditi industriali, separandoli dai capitali che servono alle industrie stesse, ma classandoli appunto in proporzione di essi, assegnando un tanto di profitto per ogni mille lire di capitale impiegato nell'industria, e variando detta media secondo le specie più o meno lucrose degli esercizi: e dove non c'è capitali, come nelle professioni liberali, classificando secondo i centri e distinguendo le classi in gradi, fra' quali l'agente distribuisce i contribuenti sotto il riscontro di commissioni competenti (4): di lieve affare sarebbe poi il censire i redditi degl'impieghi, o pro-

(1) Legge 14 luglio 1864.

(2) Legge 1° giugno 1853.

(3) Per cenni storici sulla legistazione ed altri particolari della istituzione, vedi il MANTELLINI, op. cit., p. 291 e il SONNINO, *Il catasto e la perequazione dell'imposta fondiaria,* Firenze, Cellini, 1875.

(4) PESCATORE, *Logica,* p. 69.

venienti da titoli solenni, pubblici, registrati, o da capitali industriali e commerciali fissi.

La compilazione del catasto rustico contiene una duplice operazione: l'una tecnica o descrittiva delle terre, distinte in compartimenti comunali, indi in frazioni *(parcelle)*, omogenee per cultura e proprietario, coll'indicazione nominale de' rispettivi proprietari; l'altra economica, che è la distinzione in culture, e loro suddistinzione in classi o tipi colla loro valutazione in base de' prezzi, o de' fitti. L'agente assegna ogni parcella a un tipo o classe (1).

La istituzione del catasto è combattuta da facili ed ovvie ragioni, principale quella dell'esser fondata sopra l'impossibile supposto della uniformità tipica delle terre e cioè della permanenza e costanza de' fondi, della cultura, de' redditi, onde i danni immensi della sperequazione, quali principalmente lamentansi oggi ancora in Italia che ebbe ed ha ancora 25 catasti varii di sistemi, e di qui la disuguaglianza di valori e di tassazione non solo tra regione e regione, ma tra scompartimento e scompartimento, terra e terra; inconveniente a cui si attende ancora dal 1867 il promesso rimedio, e al quale indarno provvidero le generali revisioni de' ruoli (2). La mobilità del catasto, ossia le periodiche revisioni, ammesse come elemento di giustizia in Prussia, Olanda, Italia, è del tutto sconosciuta in Francia, ove l'estimo imponibile è invariabile e si ammette solo la trentennale revisione dei catasti comunali (3).

Le funzioni del catasto sono fiscali e giuridiche. La fiscale è per la percezione delle imposte, essendo il catasto il titolo da cui viene accertato il contribuente, cioè il possessore della terra, o dell'edificio e il valore dell'oggetto tassabile. Sua precipua funzione è nella ripartizione della imposta a contingente. Pel fisco, proprietario è colui che figura tale nel catasto, nè cambia sinchè la *voltura* catastale non l'abbia cambiato.

L'effetto giuridico è fornire un mezzo di prova della proprietà immobiliare, e del suo valore. Ma non fa prova piena, nè dell'una, perocchè basata su denuncie private, e non obbligatoria se non a certi effetti e certe penalità, nè dell'altro, perchè i sistemi di ac-

(1) V. Pescatore, *Logica*, ecc., pag. 155.

(2) Legge 26 gennaio 1865, art. 20.

(3) L. 7 agosto 1850, art. 7. — V. *Legge sulla perequazione fondiaria* 2 marzo 1866.

certamento sono sempre imperfetti, e i valori delle cose mutano tuttogiorno. Il catasto è però un indizio, e non spregevole dell'appartenenza, specie se accompagnato dal carattere autorevole dell'antichità, e può esserlo del valore in quelle proporzioni che la esperienza e l'arte ne' varii tempi e luoghi determinano, suggeriscono, come quando, ad esempio, si dice che il valor catastale per raggiungere il vero va triplicato o quadruplicato. Ma la cosa, in un diverso sistema legislativo, può andar diversamente. E così in Germania il catasto *(Grundbuch)* è prova giuridica di proprietà e di trasmissione di proprietà (1).

Il documento immediato, da cui risulta l'accertamento ufficiale, è il *ruolo*, o elenco nominativo de' contribuenti (2). Il ruolo munito del visto dell'autorità (del prefetto), ha forza legale di presunzione del diritto dello Stato o dell'amministrazione; ha forza esecutiva, perchè opera dell'autorità legittima: insindacabile quindi in giudizio, ma solo sindacabile in via di ricorso prima della sua pubblicazione (3), e a questo momento soltanto, ammissibile l'azione del contribuente per dichiarazione o ripetizione d'indebito, ma questa medesima ha durata limitata, cioè sei mesi. E il silenzio osservato sull'accertamento presente durante il tempo dato a dichiarare o rettificare, importa accettazione del precedente. L'efficacia del ruolo è poi circoscritta al periodo di prescrizione biennale, cioè è limitata al ruolo *dell'anno in corso e del precedente* (4).

In quanto alle imposte *indirette*, più agevole è l'opera dell'*accertamento*. L'accertamento delle cose tassabili è dato alcune volte dallo stesso atto o fatto cui la tassa è alligata, puta il contratto che si registra. Però il valore convenuto o denunciato non vieta al fisco, se dubita della sua verità, richiamarsene a prova legale, cioè alla stima. Ond'è stabilito che se l'agente ritiene il valore convenuto minore del vero per un quarto, o quello denunciato minore per un ottavo, possa invocar la perizia, come, del pari, può far il contribuente quando non accetta l'accertamento d'ufficio (5).

Nelle dogane e ne' dazii di consumo, l'accertamento del valore, cui si deve applicare dall'agente *la tariffa*, è agevole se l'imposta

---

(1) Legge 5 maggio 1872.

(2) Antichissimo e romano è l'uso de' ruoli. L. 4, C. *De cens.*

(3) Legge 20 marzo 1865, all. *E*, art. 6.

(4) Legge 24 agosto 1877, n. 59.

(5) Legge 1874 sul registro.

è specifica, cioè un tanto a unità di misura della merce; è la stima, se si tratta di dazii *ad valorem*.

### Art. 2. — *Esazione della tassa.*

Il processo di percezione della imposta abbraccia le seguenti indagini: il modo di percezione, le azioni fiscali, e le garantìe colle relative prescrizioni, la procedura e la competenza.

1° La percezione è o diretta, o per appalto, o per abbuonamento, o per *ritenuta,* o per esattore.

La percezione diretta, o per agente finanziario, avviene nelle tasse di affari in genere, come registro, bollo, successioni, nelle dogane talvolta e ne' dazii di consumo, del macinato.

La percezione per appalto avviene quando la tassa si dà a riscuotere colle norme e ne' modi, forme e quantità prescritte da leggi, regolamenti, capitolati, a una persona o istituto privato, che non è agente o funzionario dell'amministrazione, benchè però debba agire sotto il riscontro e la sorveglianza dell'autorità per evitare abusi a danno de' contribuenti o a danno degl'interessi fiscali. Il rischio dell'esazione è trasferito, come l'esercizio della tassa, all'appaltatore, il quale dee corrispondere al fisco una somma annua determinata, e che preventivamente è calcolata in corrispondenza all'approssimativo importare annuo della tassa, riserbato all'appaltatore il suo compenso delle fatiche, delle spese e de' rischi. Coll'esercizio della tassa che si cede all'appaltatore (non il diritto in sè) si cedono a lui i privilegi fiscali sia della procedura, sia della competenza, sia della percezione, sia del credito stesso e sue garanzie. L'appalto si dà o per diretta concessione o più ordinariamente nelle forme degl'incanti pubblici, come qualunque altro appalto o fornitura di opera, o cose, o servigi pubblici, sulla base di una somma determinata, al migliore offerente. Tal sistema si pratica ne' dazii di consumo, e in quelle altre tasse che dànno profitti incerti, onde l'amministrazione possa fare assegno sopra una somma certa.

Antichissimo è il sistema degli appaltatori *(publicani)* e nelle leggi romane vi si trova consacrata gran parte di testi (1). Aveano

---

(1) D. tit. *De publ.;* C. tit. *De his quae ex publ. coll.;* tit. *De exact. trib.;* tit. *De suscept.;* e varii titoli e testi nel cod. Teod.

la *pignoris capio* e il pegno pretorio (1). Contro gli appaltatori il fisco ha i medesimi privilegi e garanzie che ha contro i contribuenti; il loro debito si esige colle stesse norme, competenze e cauzioni della tassa medesima.

La percezione per *ritenuta* è il sistema più semplice, consistendo nell'obbligo imposto alle amministrazioni dello Stato, ai comuni, ai pubblici stabilimenti, ai capi di commercio o di fabbriche di ritenere sugli stipendi ed onorarii de' loro impiegati e creditori la tassa, a loro rischio e responsabilità. È praticato nella percezione della tassa di ricchezza mobile (2). Il simile è imposto per altri creditori, essendo anche per essi tenuto l'ente a denunciare il credito e trattenere l'imposta, ancorchè i creditori siano alla lor volta enti morali (3).

L'*abbuonamento* è quel sistema, analogo all'appalto, onde un'amministrazione cede ad un'altra, p. e. lo Stato a' comuni, o viceversa, la percezione e i profitti di un cespite fiscale, riserbando a sè un tanto certo e determinato, come appunto lo Stato pratica coi comuni per i dazii di consumo di sua spettanza. L'abbuonamento si fa anche dall'amministrazione collo stesso contribuente, ammettendo questo a concordare una quantita fissa di tassa, anzichè a pagare a tariffa ne' varii momenti di consumo, di vendita, di fabbricazione. Si pratica pei dazii di consumo ne' comuni aperti, ove lo accertare il momento giuridico (spaccio, fabbricazione, introduzione della merce nei depositi) sarebbe difficile, dispendioso, vessatorio.

La percezione per esattore è il sistema che differisce da quello dell'agente diretto fiscale e dell'appaltatore (4), benchè partecipi dell'uno e dell'altro. L'esattore non è il primo, perchè non è assunto in servizio suo stabile, nè ne dipende gerarchicamente, benchè sia sotto la disciplina dell'autorità, cioè del prefetto. Egli non è il secondo, perchè riscuote per conto dell'amministrazione, salvo il premio proporzionale all'importo della riscossione *(aggio)*, ma a

---

(1) L. 9, § 6, *Ad leg. jul. pecul.*; Cod. Theod., *Const.*, 7, *De exact. et de dist. pign. quae trib. caus. tenent.* (XI, 7 e 9).

(2) L. 28 giugno 1866, art. 2, 3, 6; L. 14 giugno 1874, n. 1940.

(3) V. MANTELLINI, *Lo Stato*, I, 304.

(4) Legge 20 aprile 1871, n. 192, serie 2ª e nuovo testo unico 23 giugno 1897, n. 336 e regol. id., n. 387.

rischio proprio, cioè è costituito debitore di tutto l'importare dei ruoli e risponde di tutte le tasse anche non riscosse (del *non riscosso per riscosso)*. La qual formula significa ch'esso risponde dell'insolvenza de' debitori, delle spese occorrenti alla escussione de' medesimi, non della esistenza o verità del debito d'imposta nè della perdita per mala indicazione fornitagli dall'amministrazione, ne' quali casi però deve denunciar la lite all'amministrazione (1). È considerato come agente comunale ed è nominato dal comune, o scelto ad asta pubblica, ma riscuote le tasse governative, provinciali e del comune o del consorzio de' comuni.

L'azione dell'amministrazione pel ricupero della imposta vuol essere la più opportuna pel tempo, la più semplice ed economica pel modo: essa è amministrativa, civile, penale.

È esclusivamente amministrativa, come già si vide, l'azione per l'accertamento della base e dell'imposta. Essa va sino all'effettiva riscossione coattiva *(contrainte)*, per semplice precetto *(ingiunzione)* a ministero d'un semplice agente *(messo)*. Qualunque reclamo contro il debito o la quantità della tassa non sospende tale esecuzione. Una tale forza coattiva è quella che dicesi il privilegio del *solve et repete*. Emana dalla stessa intrinseca forza giuridica e autoritaria del precetto fiscale, che è titolo esecutivo secondo il senso dell'art. 554, n. 2° di procedura civile. Esso è tale che nemmeno il reclamo giudiziario è ammesso se non precede il pagamento dell'imposta e la sua prova (2). Eccettone solo il caso che si tratti di supplemento d'imposta e non della principale. La quale condizionalità del giudizio al previo pagamento della tassa è tutta di diritto singolare. Nè l'offerta reale medesima terrebbe luogo di pagamento a far che si sospenda la esecuzione (3). Nè cessa il privilegio se è impugnata o discussa la qualità della tassa e l'esistenza stessa del titolo, e la competenza dell'ufficiale (4), perchè non sia in balia delle calunniose eccezioni del contribuente. Di guisa che,

---

(1) MANTELLINI, loc. cit., 326, 327.

(2) Legge 20 marzo 1865, all. *E*, art. 6 e art. 135, legge sul registro, 1874, che è non un'eccezione nè ampliazione dell'art. 6, come opinò la C. C. Roma una volta, ma una sua conferma (C. A. Bologna 26 giugno 1878, società agraria di Tolfa; C. C. Roma, 26 aprile 1879, dopo il rinvio).

(3) MANTELLINI, op. cit., 1, 276.

(4) D. C. C. Roma 14 agosto 1877, Buonafede; RICCI, *Monogr. giurispr. ital.*, 1877, parte 4ª, p. 64; *Contra* C. C. Roma 29 maggio 1877, Pugliese.

anche ammessa la restituzione della tassa in giudizio (che è non esecutivo, ma ordinario) non si assolve la multa (1).

L'azione civile per la percezione dell'imposta è personale o reale; distinzione che si applica in quanto alla natura e alla sostanza ed effetto dell'azione, anche all'azione amministrativa, che non differisce dalla civile se non pel processo e per la competenza. Personale è l'azione contro colui che è debitore della tassa al momento che essa è per sè medesima dovuta, cioè alla sua scadenza, il proprietario della terra, del fabbricato, dell'animale, della merce colpita di tassa, colui che succede nella eredità d'un defunto, i contraenti d'un contratto di trasmissione di proprietà, ecc., di guisa che, anche perduta la proprietà o il possesso della cosa (nelle tasse reali), i contribuenti rimangano debitori. Benchè e l'azione amministrativa e l'azione civile reale dispensino il fisco dal ricorrere a tale azione civile personale, giuridicamente questa appartiene al fisco. Ed è personale poi sempre l'azione civile contro il contribuente nelle imposte personali, come la tassa sui capi di famiglia e anche nelle reali aventi base puramente presuntiva, come la tassa domestici, cani, vetture, sul valor locativo, ecc.: nelle quali il possessore nuovo sarebbe tenuto sibbene ad una nuova tassa dal primo momento del suo possesso, ma non a quella che si riferisce al tempo dell'antico. Anche l'azione in via amministrativa per questo genere di tasse dovrebbe sempre esser diretta contro la persona.

L'azione personale, se più sono i condebitori della tassa, come avviene, p. e., ne' diritti di registro, è essa solidale? Per la legge francese è l'azione divisibile tra più condebitori, ma solidale contro gli eredi di un medesimo debitore o condebitore (2). In diritto italiano al contrario, pel registro l'azione è solidale contro i condebitori, non però contro gli eredi di un debitore o condebitore.

L'azione reale (amministrativa o civile) è quella che si dirige sopra la cosa, o, meglio, contro la persona solo in quanto possessore della cosa e solo perchè possessore della cosa che è base della tassa. Tale è quella per la fondiaria (sia rustica, sia urbana), per la tassa di registro sull'immobile che forma oggetto della tassa, per il dazio esterno o interno sulla merce gravata del medesimo, ecc.

---

(1) C. C. Roma, 31 ottobre 1876, Giacosa e 7 agosto 1877, Delle Chiare, 11 aprile 1879, Piria.

(2) Ducrocq, *Cours de dr. adm.*, II, 1027.

Se questa azione sia principale o di garantia fu discusso sopra, trattandosi del soggetto passivo dell'imposta.

L'azione penale si dà per le contravvenzioni violente alle leggi fiscali, p. e. il contrabbando, che è delitto se fatto per mestiere o con associazione, crimine se con violenza o seduzione (1). Ma le penalità, dette sopratasse, ingiunte alle contravvenzioni semplici, puta per denuncia omessa o inesatta per oltre un terzo (2), non sono pene di reati, ma semplici debiti civili, onde vi è indifferente la quistione della buona o mala fede e della intenzione di frodare la tassa.

Diciamo della garantìa, ossia delle azioni accessorie. In diritto romano il fisco avea il pegno legale, cioè tacito, non solo sulle cose che erano obbietto de' tributi (3), ma su tutti i beni del contribuente (4): non però era vero privilegio (5).

Altra garantìa era la cosa tassata, la quale, non pagata la tassa, si confiscava, *in commissum cadebat,* ma rimaneva salvo l'avere dei creditori anteriori (6). Per diritto francese vi sono privilegi o ipoteche mobiliari o immobiliari, generali o speciali, secondo i casi (7).

In Italia compete per la fondiaria il privilegio non solo sui fondi colpiti dalla tassa non pagata, ma su tutti gl'immobili del contribuente, situati nel territorio del comune, in cui il tributo si riscuote e sopra i frutti, i fitti e le pigioni degli stessi immobili. Per i diritti di registro ed ogni altro tributo indiretto, il privilegio sopra gl'immobili che ne furono l'oggetto. Il primo è limitato al credito delle imposte e sovrimposte dirette per gli ultimi due anni. Il secondo non ha vera natura di privilegio, essendo posposto a tutti i diritti reali d'ogni genere acquistati sul fondo dai terzi prima del trasferimento soggetto a tassa, e quando si tratta di supplemento di tassa, cessa dall'essere anche un diritto reale contro terzi possessori. Ed è anche limitata una tal garanzia nella sua natura di

---

(1) C. C. Roma 19 dic. 1877, Rogers.

(2) C. C. Roma 21 febb. 1875; MANTELLINI, op. cit., I, 326.

(3) Cit. L. 7, ff. *De publ. et vect.*

(4) L. 46, § 3, ff. *De jur. fisci;* L. 2, 3, C. *De privil. fisci;* L. 1, 2, C. *In quib. ca. pign.;* L. 1, C. *Si propt. publ. pensit.*

(5) L. 2, C. *De jur. fisci;* V. VOET.

(6) L. 11, 17, ff. *De jur. fisci.*

(7) Vedili presso il DUCROCQ, *Cours,* II, n. 901, 960, 1013; Cod. fr., art. 2073, 2098, 2121, 2134, e il MANTELLINI, op. cit., I, 253, 254, 255.

diritto reale, quando si tratta di tasse di successione, essendo posposta alle ipoteche iscritte da' creditori del defunto anche dopo la sua morte, ne' tre mesi dalla medesima, e a' terzi che hanno ottenuto il beneficio della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede. Privilegio generale compete ancora al fisco sui mobili del contribuente per ogni tributo diretto, eccetto il fondiario (art. 1957 cod. civ.). Pei diritti di dogana e di registro e per ogni altro tributo indiretto v'è privilegio speciale sopra i mobili che ne furono l'oggetto (art. 1958, 1960 cod. civ.). E lo stesso privilegio compete per la tassa di ricchezza mobile sopra i mobili o le merci che servono all'esercizio, nonostante che si provino altrui, eccetto se furono derubati o smarriti, o depositati provvisoriamente per fine di lavorazione, o siano merci in transito (1).

L'azione passiva pe' tributi, cioè del contribuente verso la finanza, è altresì amministrativa e giudiziaria: quella, cioè il reclamo, sospende questa e deve talvolta precedere sotto pena di perdere le spese (2), tranne il caso di supplemento di tassa. In caso di ammessa ripetizione di tassa, si debbono gl'interessi giudiziali (3).

In ordine alla prescrizione delle azioni fiscali pe' tributi, essa viene stabilita nelle varie leggi speciali secondo la varia specie dei tributi. Ciò non avvenendo, è quistione se competa la prescrizione ordinaria che è scritta pe' beni patrimoniali dello Stato all'articolo 2114, e la quinquennale dell'art. 2144. Negano alcuni, dacchè le imposte non siano beni patrimoniali, e nemmeno possano dirsi somme pagabili ad anno, laddove il debito fiscale maturasi giorno per giorno, come gl'interessi moratori (4). Ma colla distinzione tra il diritto fiscale in sè e il debito che ne è conseguenza, deve dirsi che questo cade sotto la prescrizione (quinquennale) dell'art. 2144; nè valga la parità degl'interessi moratorii, essendo la tassa dovuta e pagabile precisamente ad anno. La prescrizione poi, anche speciale, stabilita dalla legge è reciproca tra finanza e contribuente e vi convengono le cause d'interruzione e di sospensione del codice (5). Causa d'interruzione è il pagamento d'una rata dell'imposta, come

---

(1) Leg. 14 giugno 1874, n. 1949, art. 4.

(2) V. leggi *sulla ricchezza mobile*, *sulla fondiaria*, *sul registro;* vedi Mantellini, op. cit., i, 216, 316.

(3) C. C. Roma 8 gennaio 1877, Tagliacozzo.

(4) Mantellini, loc. cit., p. 274.

(5) C. C. Roma 19 giugno 1879, Turco.

il reclamo per una tassa seguente è perdita dell'antecedente mal pagata (1). Al reclamo amministrativo del privato sono però assegnati tre mesi di termine dal ruolo pubblicato; al giudiziario, sei (2). Ma il reclamo amministrativo sospende il termine pel giudiziario (3), e quello deve talvolta precedere questo (4). Del diritto di registro si prescrive la tassa dopo un anno dalla denunzia, ne' trasferimenti condizionati dalla denuncia dell'avvenuta condizione. L'azione in supplemento per omissione d'entrata e le annualità non denunciate si prescrivono in cinque anni; per denuncia inesatta e per ripetizione di tassa pagata, in due (5). Per le dogane, in due anni dallo *sdoganamento* della merce, salvo frode. In cinque, i canoni dei comuni (6).

In quanto alla competenza e procedura, ha luogo nel processo di percezione la distinzione tra questione di fatto e questione di diritto. Le controversie sull'accertamento, cioè sull'estimo catastale (7) e di riparto di quota dopo pubblicati i ruoli (8), a meno che si tratti di *legalità* dell'estimo (9), sull'esistenza dell'ente imponibile, e sulla sua misura appartengono alle commissioni speciali, come quelle per la ricchezza mobile: comunali, provinciali e centrali; le ultime soltanto come cassazione per le violazioni di legge nella fondiaria e nella mobiliare: per la tassa fabbricati fu ammesso anche, per le quistioni di fatto il ricorso giudiziario dalle commissioni (10). Le questioni di diritto sulla *tassabilità* del reddito, sulla competenza di esso o del contribuente ad una categoria o ad un'altra, son competenza del giudice ordinario. Fu dubitato della stessa esistenza del reddito, ma prevalse la competenza amministrativa. Non

---

(1) C. C. Roma 26 febbraio 1877, Detken.

(2) L. 24 giugno 1877, n. 59, art. 53; Leg. 11 agosto 1870, art. 12; MANTELLINI, loc. cit., 316.

(3) L. 11 agosto 1870, art. 12; Regol. 25 d., art. 116; Leg. 24 agosto 1877, art. 36 e 39; Regol. d. giorno, art. 106. Vedi decisioni presso MANTELLINI, loc. cit., 316.

(4) C. C. Roma 23 febbraio e 22 maggio 1877, Ceva.

(5) MANTELLINI, loc. cit., pag. 322, 332, 397.

(6) C. C. Roma 21 dicembre 1876, Genova.

(7) C. C. Roma 16 genn. 1875, comune d'Isola S. Antonio; legge 20 marzo 1865, all. *E*, art. 6.

(8) C. Firenze 16 gennaio 1868.

(9) C. C. Roma 16 gennaio 1879, comune d'Isola S. Antonio.

(10) C. Firenze 16 gennaio 1868, Masi; Leg. 11 agosto 1870, all. *F*, L. 6 giugno 1877, n. 4224; MANTELLINI, I, 290. Vedi art. 61 regol. 28 agosto 1870, n. 5832.

è vietato però alla commissione giudicare anche del diritto; sol che per questo non si pregiudica il rimedio giudiziario. Per le imposte indirette non v'ha giurisdizione speciale, e oltre il puro reclamo amministrativo, non v'è che la ordinaria giurisdizione.

Senonchè anche nell'ambito del fòro ordinario il fisco gode specialità, ed è che le controversie sulle imposte dirette o indirette sono sempre negate alla competenza de' pretori, e date a quella dei tribunali civili qualunque sia il valor della causa (1), ancorchè sia dubbio se trattisi di tassa o no (2). E il ricorso va alle sezioni riunite della cassazione romana. E nel procedimento esecutivo che ha luogo in virtù del precetto amministrativo o ingiunzione, è il prefetto che giudica di tutte le opposizioni che vi si fanno, sino al verbale d'incanto che è diretto dal pretore, ma come ufficiale speciale, e sino alla sentenza d'aggiudicazione, dopo la quale però, per qualunque controversia di validità e d'efficacia, rientra la giurisdizione de' giudici ordinari (3). In quanto agli esattori, giudici delle controversie contabili co' comuni, sono il consiglio di prefettura in primo grado, e la corte de' conti in appello (4).

## § 3. — Specie dell'imposta.

Benchè la distinzione delle imposte in dirette e indirette sia di indole empirica, e non risponda alla natura e alle leggi che le governano, tuttavia, per dare una specificazione, seguiremo questa volgare distinzione, incominciando dalle tre principali imposte dirette, fondiaria, de' fabbricati, di ricchezza mobile, tratteggiandole ne' loro elementi principali secondo l'analisi da noi premessa.

La imposta sulle terre, come la prima e più ovvia ricchezza, si presenta storicamente per prima e generale, e finisce per prepon-

---

(1) Cod. di proc. civ., art. 71, 84.

(2) C. C. Roma, sez. riun., 9 agosto 1877, Beccari, in caso di marchi degli ori lavorati.

(3) Legge 20 aprile 1871; C. C. Roma, anno 1883, art. 51, 58, 72, Cancogni e intendenza di Massa; Decreto 9 febbraio e 30 aprile 1881; 16 ottobre 1881 e 26 maggio 1882.

(4) Legge comunale 20 marzo 1865, all. *A*, art. 125; Legge sulla corte de' conti 14 agosto 1862, n. 800, art. 33 e seg.; Legge sulla giurisd. della corte de' conti 5 ottobre 1862, n. 884.

derare nel sistema tributario degli Stati (1). Si dee esonerarne la parte di reddito risultante dal capitale fisso o circolante impiegato nell'industria agrazia? A rigore dovrebbero distinguersi i redditi puramente agrari e gl'industriali, e gravarsi delle due tasse diverse. Ma la pratica necessità condanna la distinzione. E la legge non distingue l'industria, se non quando è esercitata in fondi non proprii, nel qual caso è colpita di tassa mobiliare, mentre invece il reddito agrario ne è affatto esente in Francia, e sempre colpito in Inghilterra. Ciò che importa qui è badare al raddoppiamento (2).

Il suo accertamento fondandosi sui catasti, la imperfezione di questi ha fatto nascer la disuguaglianza, quindi il lungo desiderio del *conguaglio* o *perequazione*. Un sistema economico (3) vorrebbe però provvedere o, meglio, dice di aver già provveduto alla disuguaglianza coll'espediente del *consolidamento*, in quanto le ineguaglianze della tassa si sono compensate co' prezzi de' fondi, e la tassa per tal modo è divenuta un onere fondiario, insensibile, come ogni altro peso ordinario del fondo. Questo sistema fu confutato, all'appoggio dell'autorità di Smith e Pitt, dal Rau, Rossi, Esquiron, Say, Stein. Esso pecca di *petizion di principio*, perchè presuppone diventata perpetua e intrinseca al fondo quella disuguaglianza che si domanda di correggere; e, per giunta, riescirebbe sempre a frodare l'erario di tanta parte di tributi quanto è quella de' fondi censiti meno del giusto. Al che s'aggiunga che tanto e tanto non si sfuggirebbe al bisogno d'un nuovo catasto per le ulteriori imposizioni, a meno che lo Stato non volesse rinunciare in perpetuo ad aggravamenti o addizionali di tassa.

Nella legge italiana, confusa prima la tassa de' terreni con quella de' fabbricati in un nome (fondiaria) e in una legge che era quella del 1864, ne fu distinta colla legge del 1865 (4).

Base della tassa fondiaria è il reddito che si ritrae dal capitale della terra e delle costruzioni che la occupano, netta delle spese

---

(1) V. Manna e Telesio, *Principii*, ecc., I, p. 87.

(2) Manna, ecc., I, 115.

(3) Mac Culloch, Passy.

(4) Le leggi italiane sulla materia sono: L. 14 e 20 luglio 1864, n. 1831 e 1832; Regol. 25 maggio 1865, n. 2320; L. 26 luglio 1868; L. 31 dicembre 1870; L. 9 marzo 1871; R. D. 8 gennaio 1871; L. 16 giugno 1871, all. *B*, n. 260 (per Roma); L. 1° luglio 1873, n. 1409, e finalmente la legge 1° marzo 1886, n. 3682, serie 3ª, e quella sulla revisione dei redditi dei fabbricati 11 luglio 1889, n. 6214, serie 3ª.

inerenti alla conservazione ed amministrazione del reddito stesso, e anche del rischio inerente ad essa (perdite di pigioni o *sfitti)*, per le quali spese la legge stessa presume *a priori* una somma, che è ora il quarto della rendita stessa. Il sistema di accertamento, che prima era fondato sull'estimo catastale, fu poi determinato nella dichiarazione accertata o, in mancanza, nella presunzione avverata della rendita effettiva. La ricchezza *imponibile* è classificata in tre categorie: costruzioni rurali, case d'abitazioni civili, opificii: ma la prima categoria è rimandata alla tassa sui *terreni;* per la terza la legge ammette il beneficio di maggiori *deduzioni* per titolo di spese (1). Ma vi può esser pericolo di raddoppiamento e quindi questioni complesse sulle deduzioni (2).

La tassa sulla ricchezza mobiliare viene ultima (sulla metà del secolo decimonono) storicamente, perchè la sua base è la ricchezza meno evidente, più incostante e più difficile ad accertarsi, tassa la più odiosa pe' mezzi di accertamento, benchè giusta nel suo principio e conforme al canone dell'eguaglianza tributaria (3). Essa può esser complessa su tutti i redditi provenienti dall'industria e dal capitale mobile, come è presso noi, e più complessa ancora come l'*income tax,* ovvero scissa in parziali tasse, come in Francia, ove la tassa sul valor locativo, sulle patenti, del tre per cento, sul reddito dei valori mobiliari, e persino in un certo senso (che non ci sembra esatto) la stessa sulle porte e finestre, tendono a colpire, sotto forme diverse, la ricchezza mobiliare (4).

Sua base è generalmente (ed eccetto solo l'America) il reddito del capitale *mobiliare:* ma per la legge è ogni reddito che non provenga da capitali immobili, rustici ed urbani, e non sia colpito dalle tasse sui terreni e sui fabbricati. E non è nemmeno rigoroso il senso di capitale, perchè anche quello che si distrugge nel produrre

---

(1) Leg. 26 genn. 1865, n. 2136, che le separa dai terreni: L. 11 maggio 1865, n. 2276, che fissa l'aliquota; Regol. 25 maggio 1865, n. 2319: R. D. d'unificazione 30 genn. 1868, n. 4211; L. 26 luglio 1868, n. 4513, sul terzo decimo; Legge modif. 11 agosto 1870, all. *F*, n. 5784; Regol. 28 agosto 1870, n. 5832; Regio decreto 5 agosto 1871, n. 415 (per Roma); L. 23 giugno 1873, n. 1444, sulla sopratassa; R. D. modif. 9 agosto 1874, n. 2038.

(2) Vedine gli esempi nel Mantellini, loc. cit., pag. 293 e seguenti.

(3) Vedi l'Esquiron, le lettere di Broglio del 1859 sull'*income-tax*, la relazione Sella del 1864.

(4) Ducrocq, *Cours*, II, 242.

il reddito, puta il mutuo, cade sotto il senso della legge e della tassa. Ma deve aver ragione di reddito, cioè provenire da un cespite per sè capace di riprodurre e non essere avventizio e non aver ragione di capitale, come sarebbero le somme pagate a titolo di capitale o le vincite al lotto (sulle quali però c'è una legge speciale) o la parte di reddito vitalizio che si riferisce all'*ammortimento*. Deve essere poi netto, cioè detrattene le spese di *produzione;* materia di svariate controversie.

Il reddito, come il suo corrispondente capitale, si dirama in tre branche: personale, economico, misto, secondochè alla sua produzione concorra il solo lavoro e cioè la sola industria, il solo capitale, o l'uno e l'altro. E l'aliquota della tassa varia, in ragione della sua stabilità e certezza, e con riguardo all'elemento lavoro, cioè ricchezza *in formazione,* ma non sino ad esimere questo affatto dalla tassazione, come altri vorrebbe (1). Quindi maggiore è l'aliquota che grava il reddito economico o di puro capitale: mutui, rendite pubbliche, censi e simili; minore quello proveniente da industrie e commerci, perchè dovuto in parte al capitale fisso e circolante addetto all'industria, in parte al lavoro e al rischio; minore ancora quello veniente dalla sola industria (capitale morale, facoltà) come i redditi professionali, e di questi più son tassati i profitti di certe professioni, meno i piccoli e sempre modici salari pubblici (2), i quali ultimi altri vorrebbe eccettuati (3), ma non si può farlo salva eguaglianza. Nulla, o quasi, i redditi *minimi*, cioè che si presumono appena bastare alla sussistenza, e i salarii di lavori manovali, che rappresentano la pura spesa necessaria al mantenimento dell'uomo, cioè del capitale stesso.

La minorazione nella legge vigente è rappresentata da una detrazione di tanti ottavi che si porta al reddito imponibile; detrazione via via maggiore secondo la indicata scala.

La qualificazione de' redditi, se fondiarii o mobiliari, quella dei mobiliari stessi se riferibili ad una o altra categoria, fornisce, per la differenza delle aliquote, ampia mèsse alle controversie forensi. Dal principio suaccennato esser reddito mobiliare quello che deriva

---

(1) V. PESCATORE, op. cit., 75, 76.

(2) Legge 24 agosto 1877, art. 54.

(3) In Francia sono infatti eccettuati gli scienziati e gli artisti per la legge del 1850.

da capitale non soggetto a fondiaria, discende non essere soggetti alla tassa mobiliare i redditi che nascono da diritti di dominio o condominio, come i canoni che sono soggetti alla fondiaria, bensì andar soggette a questa imposta rendite anche di natura fondiaria, emananti da altri diritti reali, come le *decime*, i *quartesi*, i *censi*, non solo i ritentivi che eran paragonati ad usure, ma altresì i consegnativi, vera compartecipazione ai frutti del fondo (1), le prestazioni per usi civici o sul pascolo, se non emanano da condominio (2), gl'interessi sui residui de' prezzi di case vendute, i redditi di cave, se non si trovano già calcolate nel valore censito del fondo (3), una prestazione che sia stata surrogata all'usufrutto in natura (4), o alla legittima ereditaria (5). Nè importa a qual destinazione sia erogato il reddito, sia pure *onerosa* ed obbligatoria, come quella delle opere pie, delle fabbricerie e simili, dovendo ben distinguersi la *erogazione* o *fine* della spesa, dalla spesa medesima come mezzo necessario alla produzione del reddito: questa diminuisce la base, cioè il reddito, non quella. Sole vere esenzioni son quelle degli stipendi de' diplomatici e consolari, dei soldati e bassi ufficiali, delle società di mutuo soccorso, della dotazione della corona (6).

Delle imposte dirette secondarie si accennerà promiscuamente più innanzi.

Le imposte indirette comprendono tre grandi rami: primo, quelle sui servigi pubblici, o gli affari; secondo, quelle sui consumi; terzo, i monopolii. Appartengono al primo la tassa di registro, di bollo, e loro surrogati, cioè manomorta, delle società commerciali e istituti di credito, di circolazione, la tassa ipotecaria, le giudiziarie,

---

(1) C. C. Roma 22 giugno 1877, Valori; Legge 1877, art. 4, 5.

(2) MANTELLINI, loc. cit., p. 308.

(3) C. C. Roma 7 agosto 1877, Valiante.

(4) C. C. Roma 21 giugno 1878, Feilla.

(5) C. C. Roma 17 agosto 1878, Gianfrida. Vedi altri esempi nel MANTELLINI, loc. cit., p. 308, 309.

(6) Legislazione: L. 14, 20 luglio 1864, n. 1830, 1832, regol. 14 agosto 1864, n. 1884; R. D. 28 giugno 1866, n. 3023, che surroga al sistema del contingente quello di quotità; L. 28 maggio 1867, n. 3719 sul minimo; L. 7 luglio 1878, n. 4490 sul macinato e sulla rendita consolidata; L. 26 luglio 1868, n. 4513, art. 3 sulle annualità corrisposte dallo Stato; L. 23 giugno 1877, n. 3903 di unificazione; R. D. 24 agosto 1877, n. 4021, testo unico sulla R. M. e regol. detto giorno, n. 4022. — Vedere il *Comento* del QUARTA nella *Raccolta* del Pacifici-Mazzoni delle leggi amministrative.

le tasse di concessioni governative, le scolastiche, sulle assicurazioni, le tasse di poste, telegrafi, ferrovie, società marittime, ecc. Appartengono al secondo le imposte di dogana, i dazii di consumo e il macinato; al terzo, la privativa de' sali e tabacchi, delle polveri piriche, del lotto, il monopolio stesso delle poste e de' telegrafi, della monetazione.

Prima delle imposte indirette, per importanza, è la tassa o *diritto* di registro, principale di quelle che diconsi *sugli affari*. D'origine romana, testimoni le insinuazioni teodosiana e giustinianea delle donazioni e le registrazioni di rendite, quietanze, testamenti, presso il *magister census* in città, o il preside, il municipio nelle provincie (1), passata negli statuti, non ignota alle leggi barbariche (2), usata anche nel diritto feudale (diritto di lotto e vendite), al quale, abolito dalla rivoluzione per la legge 15 e 19 dicembre 1790, fu sostituita la tassa che ebbe il nome, la forma e l'organismo moderno per la legge 22 frimaio, anno VII, accettata generalmente nelle legislazioni europee vigenti.

Sua ragione e suo fondamento duplice: il compenso pel servizio particolare di data certa, di registrazione in sunto e conservazione e sicurezza dell'atto: la ragione puramente tributaria di tassa pubblica.

Sua base il capitale stesso mobile o immobile che forma il contenuto o emolumento dell'atto, e non solo il prezzo, ma ogni corrispettivo, puta l'importare d'una liberazione.

Il suo momento giuridico ora è determinato dalla compilazione dell'atto, accordatane solo una proroga dalla legge (venti giorni), ora dall'uso o produzione che si fa dell'atto stesso, rimanendone *facoltativa* prima la registrazione (3). Se l'atto è sospeso da condizione, nel caso che sia obbligatoria la registrazione in un tempo, rimane questa sospesa, pendente la condizione.

In quanto alla natura degli atti, la tassa colpisce gli atti pubblici e privati, civili e commerciali, giudiziarii e stragiudiziali, tranne quelli i cui *diritti* son compenetrati nella tassa di bollo, ed anche i verbali, quando la legge particolarmente li determina, come

---

(1) Cod. Theod., *Const.*, 3, tit. 12, 13, lib. VIII; L. 30, 32, 34, C. *De donat.* — Vedi, per la storia, i lavori di MAFFEI, ROZIÈRE e SERAFINI.

(2) V. la legge de' Burgundi, il Breviario de' Visigoti.

(3) Legge 1874, art. 73, 81.

appunto gli atti di passaggio, o quando sono enunciati in un atto presentato al registro ed hanno connessione essenziale o diretta coll'atto medesimo, tranne che fosse stata estinta la obbligazione o si estinguesse (1).

Ma la misura è varia secondo la natura o qualità degli atti. Essa è fissa, proporzionale o graduale, secondochè consista o in un tanto fisso per l'atto, o in una aliquota proporzionale al suo valore, o in una aliquota crescente a certi intervalli di somma, p. e., 5 sino a 5000, 10 sino a 10.000, 15 sino a 20,000 e via dicendo. Della qualità degli atti principal distinzione è questa: 1° atti di passaggio o trasmission di proprietà, usufrutto, uso, godimento di beni, e somiglianti, come le liberazioni; 2° atti semplicemente dichiarativi o attributivi di valori (2); 3° atti di semplice documento, copie, estratti e simili. A' primi corrisponde sempre l'aliquota proporzionale, detta a posta tassa di *mutazione;* ai secondi di *solito* la graduale; a' terzi di *solito* la fissa. Negli atti di trasmissione si suddistinguono gli atti a titolo oneroso e a titolo lucrativo; maggiore è l'aliquota in questi che in quelli. Anche varia è la tassa secondochè si tratti di trasferimento d'immobili o di mobili.

Quindi le innumerevoli quistioni sulle qualificazioni dell'atto, se traslativo o no, a titolo oneroso o lucrativo o misto (nel qual caso si contemperano le due aliquote), se mobiliare o immobiliare, e i molti ricorsi della giurisprudenza tributaria in questa parte al diritto civile. Canone in tali quistioni indicato pur dalla legge (articolo 6) è riguardare, più che alla denominazione e all'enunciativa letterale e forma apparente nell'atto, al contenuto, alla natura, agli effetti. Quindi, a darne qualche esempio, non si intende per atto traslativo il nuovo acquisto di colui che prima comperi dal padrone falso e poi dal vero (3) — l'acquisto che fa l'erede beneficiato dai creditori o all'asta delle cose ereditarie — il riscatto a forma del codice civile art. 1515 (4) — il recupero dell'espropriato a forma dell'art. 57 della legge 30 aprile 1871 sulla riscossione delle imposte dirette. Ed è pure semplicemente dichiarativa e non trasla-

---

(1) Legge sul registro, testo unico, 13 settembre 1874, n. 2076, art. 46.

(2) Non aventi i caratteri dell'art. 42 della legge o natura di traslativi.

(3) *Contra*, cassaz. fr., arrêt 24 novembre 1806, che lo assoggettò a nuova tassa, a ragione criticata da Championnière.

(4) Legge 1874, n. 58.

tiva la divisione (1). Sarebbe traslativo, al contrario, l'esercizio del diritto di prelazione nella compera e la sentenza che attribuisce proprietà o diritti (2), e la divisione *inter liberos*, se fatta per atto fra vivi (3).

Se traslativa o dichiarativa sia la transazione, è grave controversia. Per la seconda ipotesi sta l'esempio della divisione, della sentenza, la legge romana (4), e la giurisprudenza (5). Ma v'ha chi vuol distinguere se la transazione avvenne quando già l'uno de' transigenti era in possesso dell'eredità, nel qual caso avrebbevi passaggio, o diversamente. La legge francese non riconosce per traslativa che la transazione ove la cosa litigiosa viene distribuita tra litiganti. La legge (art. 44) risolve secondo il contenuto specifico della transazione e fa dichiarativo questo contratto se sia semplice e limitato alla rinuncia o condonazione delle reciproche pretese; traslativo, se contiene novazione alle ragioni e a' diritti rispettivamente competenti alle parti, risultanti da titoli anteriori, o cessione di beni in proprietà, usufrutto, o uso, costituzione di rendita, obbligazioni o altri contratti soggetti a tassa; secondo la natura de' quali contratti si paga allora la tassa, e insomma traslativa si giudica ogni volta che muta lo stato del possesso di fatto.

Anche i dubbi tra locazione e vendita sono risoluti coi criterii più degli effetti che dei principii, e si giudicò vendita la impresa di provvista di cose mobili, e locazione l'appalto di costruzioni con somministrazioni di materiali contro il precetto di Gaio (*magis emptionem esse*) (6).

E quanto al passaggio mobiliare o immobiliare fu, p. e., ritenuta per immobiliare la cessione del diritto di scavare, mobiliare il semplice permesso di ricerca (7); immobiliare la vendita o espropriazione di un immobile anche ad effetti di demolirlo (8), nonostante

---

(1) Cod. civ., art. 1034.

(2) Legge 1874, art. 58, 61.

(3) C. C. Roma 25 gennaio 1878, Muscogiuri.

(4) L. 20 e 30, *Si pro fund.*, C. *De transact.*, e Leg. 14 ff. *eod.*, che dà azione utile ai creditori ereditarii contra i transigenti per la parte dell'eredità che toccò loro.

(5) C. A. Firenze 12 settembre 1857; C. C. Toscana 24 giugno 1858 (*Annali di giurispr. toscana*); MANTELLINI, op. cit., I, 370, 371.

(6) C. C. fr. 14 febbraio 1870.

(7) C. C. 24 luglio 1876, Belval.

(8) C. C. Roma 11 giugno 1877, Bianelli; D. 21 giugno 1876, Brescia; D. 3 maggio 1878, Genova.

che ad altri effetti sia considerata per vendita mobiliare (1), il trasferimento per anticresi.

Dalle liberazioni, cioè dalle vere quitanze o estinzioni di obbligazioni si distinguono le pure *ricevute* a discarico di valori consegnati: quelle tassate di tassa proporzionale, queste fissa (2).

Ma la traslazione dev'essere efficace; quindi annullato l'atto per difetto sostanziale di consenso, o ritenuto inefficace, perchè fatto dopo la trascrizione a norma dell'articolo 2085 del codice civile, è restituita la tassa. Come si restituisce se la cosa fu tolta per evizione o spoglio (3). La condizione sospensiva sospende la percezione della tassa, la risolutiva no (4).

In quanto all'*azione* pel ricupero, oltre la penale pecuniaria che è la sopratassa per omessa registrazione, si domanda se si possa infliggere la nullità o inefficacia dell'atto; la quistione può essere comune al *bollo* e alle altre forme fiscali. Nè il dubbio cade sulla iscrizione o trascrizione delle ipoteche o altri diritti reali, a' quali per difetto di pubblicità viene a mancare la efficacia di prova o di valore verso i terzi, a forma degli articoli 1314, 1932 del codice civile. E nemmeno sulla inefficacia che il difetto di registrazione possa importare per la incerta data dell'atto. La controversia è se possa dalla legge togliersi valor probatorio e giuridico all'atto che per sè lo avrebbe a sanzione della omessa formalità e della tassa frodata. Ma la pretesa fiscale, largamente di recente discussa in parlamento e appoggiata anche da autorità di esempi storici, legislativi, e ragioni dottrinali sulle forme degli atti (5), fu meritamente respinta per la fondamental ragione che la nullità non può esser data come pena, ma come effetto di mancata forma essenziale, laddove la registrazione, il bollo o altre formalità fiscali ed estrinseche all'atto non han che fare colle intrinseche condizioni della sua efficacia. Ed è un sofisma il dire che l'atto non registrato, nonchè non soddisfare al debito fiscale, non può pretendere alla protezione giuridica, non essendo entrato nella comunione sociale (6).

---

(1) Laurent, v, 425; C. C. Roma 2 aprile 1875, Pescara.

(2) Legge 1874, art. 43 e tariffa n. 53, 63, 64.

(3) Altre applicazioni vedi nel Mantellini, op. cit., pag. 247, 381, ecc.

(4) Legge, art. 13. V. Mantellini, loc. cit., p. 381 e seg.

(5) Serafini, *Della nullità degli atti non registrati*. V. Mantellini, loc. cit., pag. 350 e seguenti.

(6) Pescatore, loc. cit.

La protezione giuridica non è un dono arbitrario, è un dovere sociale, che non può essere abdicato o informato a scopi e ragioni fiscali. Fu quindi a ragione contraria sempre la legislazione e la dottrina in generale, dacchè il progetto della legge cisalpina delli 11 settembre 1872, favorevole alla nullità, fu revocato dalla legge 19 maggio 1881.

*Tassa di successione.* — Ramo della tassa di registro, disciplinata dalla stessa legge che colpisce i passaggi a causa di morte. La ragione che sostenta questa tassa, la quale si presenta come un raddoppiamento alle tasse dirette, con questo di peggio che detrae al capitale stesso, è supplire alle imperfezioni di queste, tassando la ricchezza medesima in una occasione propizia e men sensibile al contribuente, cioè di beneficio, onde deriva che essa è più grave nella successione d'estranei che in quella de' parenti e principalmente de' discendenti.

Il momento giuridico è sempre il passaggio, salvo la tolleranza accordata da legge per le denuncie. Quindi fu a ragion dubitato se fosse la tassa esigibile sulle eredità giacenti, non essendoci ancora passaggio, anzi fu risoluto il dubbio negativamente (1). Base è il capitale ereditario, netto de' debiti in Italia, lordo in Francia.

*Bollo.* — Distinta presso noi e in Francia dalla tassa di registro, non riunita ad essa come in Inghilterra *(Stamps and Legacy duty)*, Prussia, Russia: di origine antica, trovandosene alcuni riscontri nella carta privilegiata, di cui parlasi nella *Nov. 44* di Giustiniano, benchè non ricevuta nel diritto comune, ha però assai affinità colla tassa registro, essendo dell'una e dell'altra il momento di percezione l'atto, base il contenuto utile del medesimo, la misura o fissa o proporzionale o graduale medesimamente. E parimente, in quanto al momento giuridico, anche la tassa di bollo si paga all'atto stesso fin dalla sua origine, o all'uso che se ne fa, secondo che dispone la legge. Il soggetto passivo è l'esibitore dell'atto, essendo la tassa, in questo senso, *reale*, in rispetto non alla cosa, ma all'atto stesso, onde è tenuto della pena o sopratassa l'e-

(1) C. A. Casale 26 maggio e 3 settembre 1865, Tornietto. *Contra*, MANTELLINI, loc. cit.; Legge sul registro 1874, testo unico; 13 settembre 1874, n. 2076, e relativo regol.; *Modif.*, L. 23 maggio 1875, n. 2511; regol. 25 sett. 1874, n. 2127, ecc.

sibitore anche non firmato nell'atto (1). Sonovi atti, anche presso noi, ove le due tasse, di registro e bollo, si riscontrano, e questa supplisce a quella, come le cambiali che pagano al solo bollo una tassa graduale (2).

I testamenti sono esenti da tassa di bollo durante la vita; del resto vi son soggette tutte le carte destinate per gli atti civili e commerciali, stragiudiciali e giudiciali, stampe, registri, designati dalla legge. E quanto alle liberazioni è distinta la ricevuta ordinaria che paga un modico diritto fisso, mediante carta filigranata o marca dà bollo, dalle liberazioni risultanti da precedenti condizioni scritte o da sentenze, eccettuate le ricevute sui redditi, come canoni, frutti, fitti, ecc. (3).

*Manomorta.* — Siccome i corpi morali e gli stabilimenti così detti di manomorta non muoiono, e la finanza non vuol perdere, supplisce alla mancanza de' diritti di registro o successione con una tassa di un tanto per cento annuo sui beni degli enti morali: comuni, provincie, istituti d'istruzione e beneficenza civili o ecclesiastici, di arti e mestieri, e di qualunque altra forma e scopo, purchè possiedano beni patrimoniali. E, benchè supplemento al registro, è imposta diretta sul reddito mobiliare e immobiliare di cotesti enti (4).

*Dogana.* — Istituzione d'ordine antichissimo, a cui si riferiscono i *portoria* e, in un senso, i *vectigalia* delle leggi romane (5); combattuto da una scuola di economisti come antieconomico e perturbatore delle leggi naturali della produzione e del commercio, ma adottato in tutti gli Stati, il sistema doganale, che disciplina con diritti o tasse le entrate delle merci nel territorio statuale, ha un

---

(1) C. C. fr. 3 febbraio 1883; MANTELLINI, loc. cit.

(2) L. 8 giugno 1874; L. 13 settembre 1874, n. 2077. V. MANTELLINI, loc. cit., p. 362. Legge organica sul bollo e surrogati è quella del 13 settembre 1874, n. 2077, e il relativo regolamento.

(3) Legge 1874, art. 13.

(4) Legge, testo unico, delle tasse sui redditi dei corpi morali e stabilimenti di manomorta, 13 settembre 1874, n. 2078 e relativo regolamento.

(5) Cod. Theod. e *Just. de vectig. et comm.;* C. *Just. quae res export. non debent,* ecc. Vedere l'HEGENWISCH, *Versuche über der röm. fin.;* SERRIGNY, *Dr. adm. des rom.;* MANNA e TELESIO, II, 128.

doppio riferimento, e un doppio fine, economico e fiscale. Nel primo senso subì gl'influssi del sistema d'economia dominante e fu proibitivo, protettore, di libero scambio. Fu dalle teorie della bilancia del commercio, del mercantilismo, del colbertismo ridotto a funzionare nel senso di aumentare il più possibile la esportazione a scapito della importazione, a far vendere il più e comperare il meno possibile; ma scosso un tal sistema dalle dottrine di Peel e Cobden, col trattato franco-inglese del 1786, e a' nostri tempi coll'altro del 23 gennaio 1860, ebbe tregua la guerra delle tariffe, fu in voga il libero scambio, dal quale ora si accentua un ritorno al sistema di dazii differenziali, cioè diversi secondo le nazioni o bandiere da cui o colle quali vengono importati, di dazii compensativi, alla protezione delle industrie indigene, ai *drawbachs*, o restituzione di dazi pagati dalle materie prime all'introduzione, alle convenzioni, con reciprocanza o col patto della nazione più favorita e spedienti simili.

Momenti giuridici di percezione del tributo sono l'importazione, la esportazione, il transito; ma il più è tassata la merce al primo, raramente al secondo e al terzo; non vietata però quasi mai la importazione, anzi favorita con depositi, punti franchi, magazzini generali (1). Piuttosto vietata per ragioni d'arte la esportazione (2). L'accertamento delle merci si fa *ad valorem*, o a misura specifica; nelle tariffe italiane prevalgono i dazii specifici ai dazii *ad valorem*. Le sole esenzioni sono per le merci de' diplomatici (3). La sola prova del dazio pagato e del peso della merce è la bolletta di entrata, come ne' dazii (4).

*Dazio consumo.* — Conosciuto *ab antico* in tutti i paesi con nomi diversi, *excise* in Inghilterra, *accise* in Belgio, *Aufschlag* in Germania, *octroi* (dazio d'introduzione) in Francia; ora comunale, come in Emilia e Lombardia prima del 1864, ora governativo, come

---

(1) Su questi vedi L. 3 luglio 1871.

(2) L. 28 giugno 1871, n. 286. Vedi esempi di antichi divieti nel MANTELLINI, loc. cit.

(3) Legge, art. 10; legge 30 maggio 1878, n. 4390, e tariffa generale 9 luglio 1859, n. 3445. V. MANNA e TELESIO, II. 130.

(4) Legislazione doganale: tariffa 9 luglio 1859; L. 27 giugno 1861 e 14 luglio 1866 che aboliscono alcuni dazii differenziali; L. 16 giugno 1871, n. 260; i varii trattati presso MANTELLINI, I, 433 legge 24 dicembre 1879, n. 5197, ecc.

erano i più nel resto d'Italia, furono resi uniformi per la legge organica 3 luglio 1864, n. 1827, e ripartiti tra Stato e comuni, ampliatene le tariffe col regio decreto 26 giugno 1866, n. 3018, e colla legge 1870, all. *L.*, e relativo regolamento 25 agosto 1870, n. 5840. Colpisce i generi alimentari principalmente. Il momento di percezione è vario: o introduzione, o fabbricazione, o vendita. L'aliquota si differenzia per importanza de' comuni, a tal uopo distinti in *chiusi*, non tali sempre materialmente, e *aperti*, e classificati per quattro classi, in ragione di popolazione, delle quali le tre prime sono considerati comuni chiusi, e la quarta chiusi, se siano capoluoghi o domandino d'esser tali, ed aperti in caso diverso.

*La tassa del macinato.* — Surta in diversi Stati, in diversi tempi (1), vigente già in alcune parti d'Italia, come gli Stati romani e la Sicilia, fu imposta a tutto il regno colla legge 7 luglio 1868. La più odiata delle imposte, per la materia, per la cattiva ripartizione, pe' mezzi vessatorii di esecuzione, fu disciplinata nella legge 16 giugno 1871, n. 2001, e nel testo unico del decreto 13 settembre 1874, n. 2056, col regolamento del medesimo giorno, n. 2057, abolita finalmente colla legge 25 luglio 1879, n. 4994 e regol. 4 agosto 1879, n. 5025 e 19 luglio 1880, n. 5536, all. *A*. È pagata dall'avventore al mugnaio, e da questo al governo. Il modo d'accertamento è l'ingegnoso strumento del contatore de' giri di macchina, e l'aliquota è un tanto per ogni cento di questi giri.

*Altre tasse.* — Altre tasse sono quelle in supplimento alle tasse di registro e sul capitale delle società anonime in accomandita per azioni (2) — la tassa sugli istituti di credito autorizzati ad emettere biglietti di circolazione (3), e sulla circolazione delle cartelle, azioni, obbligazioni ed altri titoli commerciali e industriali (4) — la tassa sulle assicurazioni e i contratti vitalizii (5) — le tasse ipotecarie, cioè sulle iscrizioni, trascrizioni, rinnovazioni ipote-

---

(1) Vedi MANNA e TELESIO, II, 148.

(2) V. L. 21 aprile 1862, n. 588; Regol. 23 agosto d., n. 2051.

(3) L. 14 luglio 1866.

(4) L. 19 luglio 1868, art. 28 e 8 giugno 1874; L. 13 sett. 1874, n. 2077, tit. IX.

(5) L. 8 giugno 1874, n. 1947; Regol. 23 agosto detto, n. 2051; d. L. 13 settembre, tit. X; L. 25 settembre 1874, n. 2180.

carie (1) — la tassa di bollo sulle carte da giuoco (2) — le tasse marittime e di sanità (3) — le tasse giudiziarie e di cancelleria — le tasse sulle concessioni o i provvedimenti amministrativi che debbono essere limitatissime, costituendo un'eccezione al carattere d'*universalità* della imposta, la quale, come grava su ogni cittadino, deve corrispondere alla prestazione di tutti in complesso i servigi sociali (4) — le tasse scolastiche — di verifica de' pesi e misure (5) ed altre (6).

Hannovi poi le tasse (comunali in generale) sui domestici, sulle vetture, sui cani, sul bestiame armentizio, su' cavalli da lusso o da industria, sui bigliardi (usata in Francia), sui circoli e riunioni e infinite altre che necessità pubblica o mente di finanziere o empirica esperienza potè escogitare.

*Tasse comunali.* — Lasciando l'opinione di chi vorrebbe negata a' comuni l'imposta indipendente, e che equivale a negar ad essi l'autonomia, si lamenta, più che in quelle governative, il difetto di sistema nelle tasse comunali. Partecipano i comuni alle imposte dirette colle sovraimposte, ed hanno poi larga parte nelle tasse sui dazi consumi, sia con sovraddazii sugli articoli della tariffa governativa, sia con dazi proprii su articoli che la legge lascia ai consigli licenza di tassare. Sono rimandate a' comuni le tasse sulle concessioni di occupazioni d'area pubblica, sugli animali di uso cittadino, sui cani (7), le tasse sul fuocatico o di famiglia, sulle vetture, sui domestici, sul valor locativo (8).

*Monopolii.* — Sono imposte sul consumo sotto la forma d'industrie privative dello Stato, quindi sono tasse indirette, e rappresentano il compenso d'un prodotto, e, nel di più del valore, una vera tassa,

(1) Testo unico, 13 settembre 1874, n. 2079; Regol. 25 d., n. 2130, ove si disciplinano i rapporti del conservatore delle ipoteche, sia verso il pubblico, sia verso l'erario.

(2) L. 29 giugno 1879, n. 5165; Regol. 18 dic. d., n. 5192.

(3) L. 30 luglio 1860, n. 64; L. 30 giugno 1861.

(4) L. 11 agosto 1870, n. 5780, all. *I* e *K*; Regol. 3 gennaio 1867 e 13 ottobre 1870, n. 3515 e 5967.

(5) L. 23 giugno 1874, n. 2000; Regol. 29 ottobre, n. 2188.

(6) V. PESCATORE, *Logica*, p. 260, 261; MANTELLINI, op. cit., I, p. 415 e 425.

(7) Legge comunale 1865, art. 118.

(8) Legge 26 luglio 1868, n. 4513, art. 8; L. 11 agosto 1870, n. 5784, alleg. *O*, art. 3-13; L. 28 giugno 1866, n. 3023, art. 16 e seg.; Reg. 31 genn. 1867, n. 3524.

il che non sarebbe razionale, perchè rappresenterebbe un tributo non generale. L'origine de' monopolii è pienamente fiscale in alcuni, come quel del sale, de' tabacchi, del lotto, de' fiammiferi (in Francia): in altri è di creduta utilità o necessità pubblica, come quello delle poste, de' telegrafi, della monetazione, delle polveri piriche. E questo concetto o può fondarsi sopra il supposto economico e sperimentale del credere sia lo Stato il miglior produttore, o sopra una ragione di sicurezza, moralità, garantia d'un pubblico servizio. Il monopolio riguarda o la fabbricazione o la vendita di un prodotto o l'esercizio d'una industria.

*Monopolio del sale.* — Spediente fiscale, che si fa risalire agli ebrei e ai romani, reso generale negli Stati, tranne l'Inghilterra, l'Hannover, il Portogallo, il Belgio, gli Stati Uniti. V'ha chi lo vuol soggetto di tassa, perchè sarebbe più semplice ad amministrare, e chi di monopolio, perchè più dissimulata la gravezza e più sfugge al contrabbando. V'ha chi la vuole abolita, e l'una e l'altro pel favore de' poveri e della industria specialmente armentizia e perchè imposta progressiva a rovescio. Il monopolio può cadere o sulla produzione o sullo spaccio o sopra entrambi. I vari concetti, o momenti di percezione sono talvolta contemperati tra loro. Così in Austria è riservato al governo l'esercizio delle saline e sorgenti salse e del sal marino col divieto d'importazione, rimanendo libero il commercio. In Francia e in Germania dal 1867 v'è l'imposta sull'importazione. In Italia abbiamo il monopolio dello Stato, sia nella produzione e sia nella vendita, salvo l'esercizio delle saline per appalto. La tendenza è a trasformare il monopolio in imposta (1).

*Tabacchi.* — Oggetto un tempo di proscrizione violenta di papi e sovrani (2), divenuto poi uso civile universale e materia di rendita pubblica cospicua, o sotto la forma d'imposta gravissima di introduzione, come in Inghilterra, con divieto di coltivazione all'interno o d'imposta sulla coltivazione e importazione, come in Germania per le leggi dell'impero 1868, 1871, o sullo spaccio, come

(1) MANTELLINI, loc. cit.; L. 21 aprile 1862, n. 563; L. 15 giugno 1865, n. 2369; Regol. d. giorno, n. 2398, e 23 maggio 1872, n. 847; Convenzione colla Regia 25 luglio, approvata dalla L. 24 agosto 1868, n. 4544; CAPPELLARI, *Sulle imposte di confine;* MAUROGÒNATO, Relazione alla camera, seduta 17 marzo 1869, n. 168 *B*.

(2) V. MANNA e TELESIO, I, 136.

in Belgio per la legge del 1851, e come in Russia, oltre, in questa, un diritto di patente dei fabbricatori ovvero sotto la forma di monopolio, e questo o di coltivazione o di fabbricazione o di vendita (1). È obbietto consentito per legittimo ad un monopolio o almeno a una tassa, detto da Napoleone la più *imponibile* delle materie, perchè cade sopra oggetto di lusso, onde la tassa è una multa del vizio. Ma il monopolio dello Stato si può dare ad esercitare per via di appalto con cointeressenza dell'appaltatore a certe condizioni *(Regìa cointeressata)* (2), o tenersi al tutto in economia dello Stato, come in Austria, in Francia e in Italia (3).

*Poste e telegrafi.* — È in parte prezzo del servizio e in parte tassa sul consumo. Giustificata dalle necessità od opportunità di un servizio sì importante che concerne non solo le private, ma le pubbliche comunicazioni, dove la concorrenza privata non sarebbe garanzia sufficiente di esattezza, di moralità, di segreto, di universalità del servizio, giacchè si rivolgerebbe alle linee principali, trascurerebbe le secondarie. Non le mancano nemici come il Courcelle Seneuil, che la dicono una gravezza sull'industria, una tassa su cosa di prima necessità.

Dà luogo ad importanti applicazioni di diritto, le quali però, riguardando ai rapporti privati e civili, non sono del diritto amministrativo. Altre concernono lo scopo e il fine, cioè il servizio, non la tassa, e non cadono quindi in questa parte.

*Lotto.* — D'origine, purtroppo, italiana, si estese la lotteria come cespite erariale in molti Stati d'Europa. Soppressa in Inghilterra, nel 1826, sotto Giorgio II, poi in Francia con legge 21 aprile 1838, quindi in Svizzera, Baviera, Assia, Svezia, Belgio (1830); dura in Austria, Germania, Italia, per ragioni puramente fiscali, a dispetto della morale, dell'economia, delle leggi (4) proibitive di giuochi di azzardo (5).

---

(1) V. Manna e Telesio, I, 136.

(2) Legge 21 aprile 1862 (quella medesima sul sale); L. 13 luglio 1862, 16 luglio 1863, 17 giugno 1865, 7 luglio 1868, 24 agosto 1868 sulla regia; RR. DD. 9 nov. e 31 dic. 1862, 28 febb. 1864, 15 giugno 1865, 6 febb. e 28 giugno 1866.

(3) Manna, II, pag. 138.

(4) Legge 5 maggio 1862, 24 nov. e 4 dic. 1864; R. D. 29 dic. 1870.

(5) Cod. civ. art. 1802, 1803, 1804, tit. D. et C. *De aleator.;* Leg. ult., § 1, C. *De episc. aud.*

*Polveri da sparo.* — Si sostenta per ragione di sicurezza e di necessità pubblica, quantunque sia libera la fabbricazione in Inghilterra e Svizzera, come lo era in Toscana, in Sicilia e negli Stati pontifici. Ma il monopolio vige in Francia, in Austria, in Spagna e in Italia (1).

*Moneta.* — È considerato come un pubblico servizio, necessario ad accertare e guarentire il titolo, il peso e la fiducia della moneta, benchè non manchi chi ne protegga la libertà d'industria per i vantaggi della libera concorrenza. Perchè sia giusto, il costo della monetazione non deve oltrepassare la spesa necessaria, altrimenti andrebbe a danno del valore della moneta (2).

*Miniere.* — Il diritto dello Stato sulle miniere, che, nel sistema de' regalisti, dovrebbe formar parte del demanio, può esser da altro punto di vista, per noi più razionale, accettato in qualche legislazione, assimilato alle imposte dirette e ai monopolii (3). Concerne la parte speciale della polizia e protezione della industria costruttrice.

## CAPO III.

## Credito e debito pubblico.

### Art. 1. — *Nozioni.*

Il credito pubblico è la potenza o capacità di affidamento economico dello Stato o di altra pubblica amministrazione, in quanto fondata sulla sua forza morale e finanziaria. Il debito pubblico è l'impegno giuridico che risulta dall'esplicamento di questa potenza o capacità, in quanto si attua in anticipazioni che lo Stato ottiene

(1) Legge 27 settembre 1863, n. 1483; RR. DD. moltissimi, tra cui quello del 17 settembre 1871, n. 483, che fu dichiarato incostituzionale, perchè aggravò le penalità già portate dal D. 5 nov. 1863 (C. C. Torino, 25 febbraio 1878 e 7 maggio 1879, Baccalieri; *Contra,* C. C. Roma 20 dicembre 1878, Bevagna; 11 marzo 1879, Arioli); Decr. luog. 28 giugno 1866.

(2) Legge 23 marzo, 6 e 24 agosto 1862, 3 settembre 1868; R. D. 17 febb. 1870, 29 nov. 1874 (sulla zecca di Roma).

(3) Ducrocq, *Cours,* ecc., II, 249.

dalle persone private, e dagli stabilimenti economici. Le forme di tali anticipazioni sono varie, e principale è quella de' *prestiti* pubblici.

Come lo Stato sopperisce agli *ordinarii* bisogni della sua vita cogli *ordinarii* mezzi del demanio e delle imposte, così agli straordinarii bisogni soccorre cogli straordinarii, che sono il credito e più specialmente il *prestito*. Ma la distinzione de' bisogni come dei *mezzi* in ordinaria e straordinaria, non è assoluta ma relativa. Imperocchè come il bisogno è sempre attuale e presente, così dovrebbe, con mezzi attuali e presenti, esser soddisfatto. Ma avviene talvolta che il bisogno è così grave da trascendere l'attualità delle forze economiche, ed è così durevole da abbracciare un periodo lungo della vita dello Stato: e nell'uno o nell'altro senso dicesi *straordinario*, cioè o per la gravezza, o per la durata. E il mezzo deve esserlo altresì, nel primo caso per ragione di necessità, nel secondo per quella legge di sapienza economica che distribuisce il peso secondo i beneficii; in entrambi per una ragion di giustizia che dipende dal fondamento dell'unità e perpetuità dello Stato, e dalla solidarietà delle generazioni che si succedono indivisamente in esso. Quando la imposta o il reddito demaniale annuo e presente non basta, si ricorre al reddito annuo avvenire, ma è sempre il reddito il mezzo unico e solo. Il credito non è che l'anticipazione di questo mezzo unico. È la divisione della spesa per molti anni, cioè per molte generazioni di contribuenti. È un'imposta differita o meglio allungata, una cambiale a lunga scadenza. Da che segue che la giustizia e la ragion giuridica di questa anticipazione cessano là dove o il prodotto annuo basti, o il sacrificio imposto agli avvenire si prolunghi al di là dell'utilità procurata, perocchè, in questo caso ultimo, v'ha disparità di condizione tra i presenti che non pagano se non la utilità propria ricevuta, e gli avvenire che pagano l'utilità propria e l'altrui, la utilità risentita e non risentita, ciò che offende, se non il principio di solidarietà, quello dell'eguaglianza.

Da questi concetti e ragioni efficienti del credito e del debito pubblico segue che, se è vero esser il credito una potenza, un istrumento necessario della vita degli Stati, un prodotto della loro costituzione, non è però da considerarsi come mezzo per sè stante affatto nuovo e indipendente dagli altri: segue, che se esso segna un progresso nella scienza e pratica di finanza di fronte agli espedienti antichi, e ora condannati, di tesori *in aede sacra*, della *praeda bellica*, progresso dovuto principalmente allo sviluppo eco-

nomico dei comuni e delle società italiane del medio evo, precipua la veneziana e la genovese, non è però da considerarsi come un altro *tesoro* trovato alla guisa di certuni che dissero lo Stato che fa imprestiti non esser debitore che di sè stesso, come il Voltaire, o non esser che la mano destra che impresta alla sinistra, come il Malon. Certo la scienza economica moderna non partecipa alle antipatie che hanno pel credito l'Hume, il Say, il Gladstone, e alle affermazioni che il credito, per sistema e per natura, isterilisca le industrie e i commerci, faccia prodighi e imprevidenti gli Stati, schiacci le generazioni future sotto il peso di carichi via via accumulati, ma neppure da levarlo a cielo, come tanti fanno, siccome nuovo e per sè stante istrumento di produzione. L'impiego del credito, cioè il debito, è sempre un minor male, indisputabile quando è necessario, buono o cattivo, quando, volendo produrre soltanto un'utilità, la produce vera e proporzionata o al contrario.

Il credito pubblico ha natura economica e giuridica, e noi dobbiam studiarlo sotto questo secondo aspetto, per quanto lo si può fare indipendentemente dal primo. Ma di qual diritto è il credito pubblico? Il concetto già dato, e i principii generali sulla concezione del diritto privato e pubblico (1) rispondono alla quistione. Il credito pubblico appartiene a quel diritto civile speciale che è misto di ragion politica e civile, di diritto singolare e di diritto comune, ove il primo elemento cessa, come eccezione, quando la legge tace, e subentra il diritto comune come regola.

Il credito pubblico, o meglio il debito pubblico, che ne rappresenta la parte giuridica, è un vincolo giuridico come quel de' privati debitori. Ma la natura specifica dello Stato, le esigenze di essa e della pubblica salute modificano questo vincolo, e questa modificazione ne forma il diritto singolare. Ma come il modo si stampa nella sostanza, il diritto che ne risulta è sempre un diritto civile sostanzialmente identico al diritto comune, non un'antitesi a questo, come piace considerarlo alla scuola fiscale. L'articolo 31 dello Statuto, che consacra la inviolabilità del debito pubblico, non inventa un principio nuovo, ma ne conferma uno tanto antico, come quello della fede dei patti, e del rispetto alla proprietà. La legge organica del debito pubblico italiano (2), ossia sulla istituzione del Gran

(1) V. Sez. I, cap. 7, art. 1 e cap. 14, art. 2.
(2) L. 10 luglio 1861, n. 94.

libro, e il relativo regolamento (1) non fanno che esplicare ed applicare quel concetto fondamentale, e regolare le forme, le garanzie, le prove e disciplinare i rapporti fra lo Stato e i creditori, o fra privati, in occasione e in armonia al concetto e alle esigenze dello Stato, ma sulla base del codice civile e anche della procedura civile. La legge di unificazione de' debiti pubblici d'Italia (2) non fa che riconoscere la stessa inviolabilità de' debiti statuali in omaggio al principio della perpetuità giuridica degli Stati (3), colle modalità richieste dalle esigenze di sicurezza, necessità ed ordine universale. E così via dicendo (4). Possono dunque esserci, e ci sono, singolarità giuridiche, nella materia del diritto, nel sistema delle prove e delle forme, e persino nella giurisdizione relativamente al debito pubblico; ma queste non ci debbono far perdere di vista i principii generali, i fondamenti, e le norme comuni dell'istituto del credito pubblico. E lo vedremo al fatto.

### ART. 2. — *Forme del credito pubblico.*

Premesso il concetto generale del credito pubblico, bisogna esaminarne le varie forme, e seguirne lo svolgimento appunto nelle specialità che lo distinguono dal credito privato.

Il tipo de' debiti dello Stato, come de' privati, è il mutuo, o meglio il prestito feneratizio. Ma questo tipo si modifica e distingue in ordine agli elementi del consenso, della causa, del corrispettivo, della durata, del fine, del titolo o documento.

In ordine al consenso, si presenta l'importante distinzione in spontaneo e forzato. Questa seconda è una vera singolarità del di-

---

(1) R. D. 8 ottobre 1870, n. 5942.

(2) L. 4 agosto 1861, n. 174.

(3) Vedi sez. II, cap. XIII.

(4) Per altre disposizioni circa il debito pubblico, vedi R. D. 28 luglio 1861, n. 158, sull'amministrazione del debito pubblico; R. D. 28 giugno 1866, n. 3023, per l'imposta fondiaria e di ricchezza mobile, art. 5; L. 7 luglio 1868, n. 4490, sulla macinazione de' cereali, art. 24; L. 26 luglio 1868, n. 4513, per l'aumento delle imposte dirette, art. 3, 4; L. 26 luglio 1868, n. 4520, sulla unificazione delle tasse, e sulle concessioni governative; R. D. 11 aprile 1869, n. 5012, sulle direzioni del debito pubblico; R. D. 18 luglio 1870, n. 5756, sulla forma delle cartelle di consolidati; L. 11 agosto 1870, n. 5784 sui provvedimenti finanziarii, art. 1, 6 e all. D sulle dette direzioni; Legge 28 giugno 1871, n. 339, serie 2ª, sull'unificazione del debito pubblico romano, ecc.

ritto politico. Come la vendita, così il mutuo può essere, per eccezionale ragione di Stato, non spontaneamente consentito, ma imposto. Codesto prestito si fa, per lo più, nella forma di carta moneta che lo Stato crea o fa creare a' banchi, da cui piglia il danaro. La ragione economica, non meno che la giuridica, reclama che quella forma sia confinata agli ultimi termini della pura improrogabile necessità, come restrizione odiosa alla libertà e alla proprietà, come un danno economico grave che rivela la fiducia scaduta nel governo e nel credito dello Stato, e quindi genera, o per l'occultazione o per l'emigrazione all'estero de' capitali nazionali, lo scadimento de' valori industriali e commerciali, l'*aggio* o deterioramento dei valori imposti e fittizi di fronte agli spontanei e veri, negli scambi sia all'interno, sia all'esterno. Sono esempi di questa forma: in Francia, il prestito contratto dopo la rivoluzione dell'89; in Prussia e in Belgio nel 1848; in Italia, il prestito nazionale di 350 milioni per la liberazione della Venezia, ripartito tra provincie e comuni, in ragione della entità de' tributi che pagavano (1), riscattato nel 1872 e 1881 (2).

In quanto alla causa giuridica, il credito o debito dello Stato suol distinguersi in *diretto* e *indiretto*: l'ultimo è quello che, da altra causa originato, riesce poi a imprestito. Così quando lo Stato riceve una somma a titolo di cauzione o di deposito, e poi delle somme ricevute fa uso, corrispondendone o no l'interesse, converte in mutuo o in prestito un contratto di deposito. Prestito obliquo è pure la carta moneta che lo Stato emette, cioè quella carta (titoli o biglietti) che ha corso non solo legale, cioè che vale per legge, dovendo esser ricevuta come moneta, ma *coattivo* o *inconvertibile*, vale a dire non rimborsabile, quando si voglia, in danaro, dallo Stato e dalla banca emittente. Ma siccome deve pure una volta essere *rimborsata*, così equivale a un prestito forzoso e indiretto sulla ricchezza nazionale, che alla sua volta può essere garanzia d'un altro prestito diretto che lo Stato contrae con le banche per averne oro o lettera per l'estero (3).

---

(1) Detto D. 28 luglio 1866, n. 3108.

(2) L. 19 aprile 1872, n. 759; L. 7 aprile 1881, art. 7, 8, n. 133.

(3) V. R. D. sul corso forzoso, 1, 2, 6, 17 maggio 1866. Vedi la storia del prestito nazionale, della circolazione cartacea e di rapporti dello Stato colla banca nazionale nel MANTELLINI, *Lo Stato e il codice*, II, 399 e seg.

Il corso forzoso dà luogo, ne' rapporti privati, alla famosa quistione della validità del patto di pagamento in moneta metallica (1).

Per rispetto alla durata, i prestiti sono temporanei, o vitalizii, o perpetui. De' debiti temporanei sono varie le forme, e loro comune distintivo si è il pagamento degl'interessi e il rimborso del capitale che si fa o una volta al termine convenuto, o annualmente insieme al pagamento degl'interessi *(quota d'ammortimento)*. Una forma subalterna de' prestiti temporanei è di quegli *aleatorî*, che portano seco, oltre la restituzione del capitale, l'accessorio di un premio alle obbligazioni che sono via via tratte a sorte, o alle prime sorteggiate. Forma assai usata nei prestiti de' comuni ed altri corpi morali.

Il prestito vitalizio, cioè quello che dura per la vita de' sovventori del danaro, può essere con restituzione del capitale o senza, cioè con superlucazione o accrescimento a favore de' superstiti. Questo è il carattere predominante nelle *tontine*, società o banche di mutuo soccorso, inventate e nominate dal Tonti in Francia nel secolo XVIII, ora condannate perchè aleatorie, favorevoli all'ozio, e contrarie allo spirito di famiglia.

In rapporto al fine e alla forma del titolo si incontra la distinzione del debito *fluttuante* o *consolidato*, secondochè il prestito è destinato a sopperire a un bisogno passeggiero, cioè puramente di cassa, o ad accrescere stabilmente il debito dello Stato. Il primo è un espediente puramente finanziario, adoprare il quale è facoltà esecutiva del governo, perchè non consiste in altro se non a colmare il debito di cassa quando la spesa precede di qualche tempo la percezione delle rendite. Il debito si contrae sotto la forma di mutuo ordinario, ovvero di lettere di cambio all'interno o all'estero, di vaglia da cassa a cassa, e più ordinariamente (ed allora riceve la più propria denominazione di *fluttuante* o *galleggiante)* di *boni del tesoro* (in Inghilterra *biglietti dello scacchiere)*, obbligazioni, cioè, a breve scadenza, da estinguersi cogl'incassi divisati nel bilancio dello Stato (2). Per le cause momentanee che lo producono, per la mobilità e incertezza della sua somma e dei termini della sua scadenza per la forma stessa ovvia e men solenne de' suoi ti-

(1) V. L. 30 aprile 1874, n. 192, art. 18, decreti del 1876; L. 7 aprile 1881, art. 7 8 sulla prescrizione estintiva eccezionale.

(2) V. L. 22 aprile 1869, sulla contabilità generale dello Stato.

toli, dicesi appunto *galleggiante* o *fluttuante*, per riscontro all'altro che impegna stabilmente il patrimonio e i bilanci dello Stato, ha durata certa, stabile e perpetua, però detto debito *consolidato* o *irredimibile*.

Codesta distinzione si riscontra e coincide coll'altra, benchè di aspetto diverso, del debito temporaneo o perpetuo, in quanto il debito fluttuante è sempre temporaneo, il consolidato è perpetuo, ma logicamente è distinzione diversa.

Il debito *fluttuante* degli Stati, come espediente temporaneo e *palliativo* finanziario, amministrativo, contabile, non può essere riprovato dalle regole di buona amministrazione, ma a patto di conservarsi in questa natura e in questi limiti, e non varcare il bilancio, che però non è facile, perchè la esperienza ha mostrato il pericolo di abusare nella stessa facilità del mezzo, che poi, per difetto di previdenza e di proporzione delle riscossioni a' pagamenti, riesce a diventar consolidato, o conduce ad un aggravamento d'imposte. Le sorgenti e le basi di codesto debito fluttuante debbono essere, sia le imposte e i redditi ordinari dello Stato, sia le somme che sono in sua momentanea balìa, come i depositi alle casse pubbliche di risparmio, le cauzioni de' contabili dello Stato, degli agenti di cambio e simili.

### Art. 3. — *Debito consolidato.*

#### I. — Caratteri.

Il debito consolidato per la importanza della causa e del fine, per la solennità del titolo, per la gravità e moltiplicità dei rapporti che crea nel mondo del diritto e degl'interessi, e quindi per le specialità di diritto pubblico che conduce seco, tiene il maggior luogo nella trattazione del credito pubblico (1).

Il debito consolidato degli Stati, di cui le origini si voglion trovare nelle istituzioni veneziane del dodicesimo secolo, il progresso nelle inglesi del decimottavo, e la perfezione nell'ordinamento del Gran libro nelle francesi per opera e studio del Cambon, è una veramente nuova e grande istituzione, segno a controversie e dispute gravi, ondechè conviene esaminarne distintamente la natura giuridica, il modo di creazione, la forma, gli elementi, gli effetti.

---

(1) Legge 17 febbraio 1884 sulla contabilità generale dello Stato.

Caratteristica nata del debito consolidato (fu già detto) è la perpetuità e la irredimibilità; ma relativa non assoluta, perocchè per parte dello Stato il debito può essere sempre riscattato, salve le regole della giustizia. Nè in ciò il debito pubblico varia dal privato. L'istituto della obbligazione irrepetibile si ritrova negli affitti perpetui e anche nella rendita o censo. Ma si applica con maggior facilità e rigore a' rapporti di Stato (1), per la sua natura immanente, per i fondamenti più sicuri e solidi del suo credito e per la maggiore facilità di negoziare sul mercato simili obbligazioni o rendite. Questo carattere d'irrepetibilità del capitale mutuato da parte del creditore è quello che fa mutare la indole giuridica al debito pubblico, da prestito semplice in rendita semplice o censo, senza però la garanzia reale (2).

## II. — CREAZIONE.

Il debito perpetuo e consolidato, essendo una grande e sostanziale e stabile istituzione nel patrimonio e nelle forze economiche dello Stato, non può essere creato se non dal pieno potere legislativo e nella forma solenne d'una legge. Ciò deriva da ragioni costituzionali e storiche, perocchè ogni creazione di debito si risolve in un voto d'imposta. L'amministrazione poi del debito già creato è funzione governativa che si compie da un ufficio apposito, la direzione del debito pubblico, che è un dipartimento delle finanze, sotto la ispezione della corte de' conti, e sotto l'immediata vigilanza di una commissione composta di elementi tolti alle due camere, al consiglio di Stato, alla corte dei conti stessa e alla camera di commercio (3). La forma del debito consolidato e della sua creazione è la *iscrizione* sul registro pubblico, detto il *Gran libro*, onde il dettato che niuna rendita può essere inscritta se non in virtù di una legge (4). Questa forma è d'essenza e necessaria, come nelle ipoteche il registro ipotecario, e l'obbligazione ne acquista il carattere di formale e il *titolo* o documento che se ne trae e si consegna al creditore, non è già una copia, nemmeno copia autentica, ma un autentico estratto

---

(1) V. art. 1782 e 1783, capov. e seg. cod. civ.

(2) Art. 1778 e 1782 cod. civ.

(3) Cit. legge 1861, art. 2.

(4) Cit. legge 1861, art. 6 e seg.

che tanto vale in quanto è conforme alla iscrizione e la rappresenta (1), onde risulta che, smarrita, non se ne trae seconda copia, ma si rinnova l'iscrizione sotto altro numero come si fa nel caso di trasferimento (2). Dalla qual natura formale del diritto alla rendita consolidata discende ancora che nelle rendite nominative, il titolare, cioè colui al cui nome la rendita è iscritta, ne è *hoc ipso* il proprietario, senza tener conto della provenienza della rendita (3), cioè della persona da cui provenne il danaro, o per conto della quale possa la rendita essere stata acquistata.

## III. — Natura giuridica.

Le iscrizioni di rendita e i titoli che le rappresentano sono considerati economicamente come valori, giuridicamente sono *per sè* e per disposizione generale di diritto civile cose incorporali, cioè diritti ad una prestazione, non aventi ragione alcuna di cose immobili, e nemmeno di diritti sulle medesime, mancando assolutamente la base obbiettiva immobiliare (4).

La legge francese qualifica per cosa mobile la rendita (5). L'editto sardo del 1819 e l'articolo 2168 del codice Albertino, mentre escludono il concetto d'immobile, la fanno però capace d'ipoteca. La legge napoletana la considera immobile ne' riguardi di speciali creditori, cioè di certi enti morali. Il legislatore italiano del 1861 la definì per mobile, pur stimando consentaneo sottoporla a ipoteca, cioè o considerandola immobile per legge a questo effetto, come pare che fosse il concetto della commissione (6), o ritenendo anche le cose mobili suscettibili d'ipoteca, come pensava il Cordova (7), il che è giusto se s'intenda del concetto generale del pegno romano, non così se s'intenda del concetto speciale e tutto proprio d'ipoteca, che era appunto il *pignus* della cosa immobile.

---

(1) L. 1861, art. 9.
(2) V. regol., tit. 4, art. 36.
(3) Ivi, art. 39.
(4) Cod. civ., art. 415, 418.
(5) D. 24 agosto 1793, art. 161; Cod. N., art. 529; Merlin, *Rép.*, v. *Inscription*, § 3.
(6) V. relaz. Pasini, 31 maggio 1861, doc. n. 48 *A*.
(7) *Atti parlam.*, 1861, p. 1240 e seg.

### IV. — Forme di creazione finanziarie o amministrative.

I modi di creazione del debito consolidato sono principalmente tre: per sottoscrizione diretta, o *colletta;* per negoziazione diretta, o accollo a prezzo fatto; per aggiudicazione all'asta. Il primo modo è la *emissione* o vendita che l'amministrazione fa di per sè delle cartelle od obbligazioni al pubblico, cioè all'universale degli acquirenti. Nei momenti di grandi strettezze o bisogni nazionali, e dove l'amor di patria non è spento, questo modo riesce a meraviglia, esempio recente e splendido la Francia, che pel suo riscatto dalla Prussia emise il 15 luglio 1872 un prestito di tre miliardi, che in brev'ora fu sottoscritto o *coperto,* come si dice, per dodici volte. Questo modo si raccomanda per l'economia della spesa, risparmiando le provvigioni costose degl'intermediari.

Il secondo modo consiste nel rivolgersi che lo Stato fa direttamente ad accreditati capitalisti o banchieri, i quali acquistano essi le cartelle od obbligazioni, anticipandone all'erario il montare, e collocandole poi, secondo il loro tornaconto, sul mercato, e tuttociò mercè un premio o *provvigione* d'un tanto per cento oltre gl'interessi delle obbligazioni.

Finalmente l'aggiudicazione all'asta pubblica è lo stesso contratto deliberato non a determinate condizioni, ma all'asta, per libera concorrenza al miglior offerente su condizioni previamente stabilite.

### V. — Elementi.

Elementi del debito consolidato sono le persone dei contraenti, il capitale, l'interesse o la rendita. Delle persone fu detto abbastanza quando si notò essere lo Stato debitore, e creditore la persona o determinata o indeterminata, secondo che si tratti di titoli nominativi o al portatore.

Il capitale è quell'aliquota decimale di debito, rappresentata da ogni singola obbligazione o cartella. Suole distinguersi in *nominale* e *reale.* Il nominale è quello scritto nella cartella, ed è sempre cento, o un multiplo di esso. Il reale è quella somma effettiva che lo Stato riceve nel negoziarla, o che il proprietario può trovare da' privati acquirenti negoziandola sul mercato, secondo lo stato di questo *(prezzo di corso* o *corso della rendita).* In questo secondo

caso, si capisce a bella prima come la distinzione nasca: è un prodotto delle oscillazioni di mercato di questi titoli, come di tutte le cose. È il valor venale che si contrappone al valore di produzione o di costo. Ma non si comprende a prima giunta la differenza tra valor nominale e reale al momento che lo Stato stesso emette le obbligazioni. Ciò avviene dacchè per ragioni di regolarità e comodità contabile lo Stato crede di dover fissare esso medesimo il saggio dell'interesse in una cifra del cinque o del tre per cento. Il che è libero di fare, ma non è libero di farlo accettare al mercato, il quale, secondo la fiducia, secondo le condizioni generali delle industrie e dei commerci, secondo la maggiore o minor concorrenza di altri valori, ora può credere scarso quell'interesse del cinque per ogni cento lire di capitale, ora superiore. Nel primo caso, che è il più frequente e ordinario, lo Stato, non volendo cambiare il saggio dell'interesse e fare come fa il debitore privato, che per trovare il capitale quando è più difficile e restìo, s'induce a crescere il saggio dell'interesse stesso, deve mutar quello del capitale e contentarsi di ricevere, invece del 100, il 90 o l'85 o l'80 per ogni cartella od obbligazione.

## VI. — Efficacia giuridica.

Quanto all'efficacia giuridica delle iscrizioni di rendita, essa è inviolabile, per alte ragioni, non solo di giustizia, ma di politica, e per espresso canone dello statuto (art. 31). Il debito dello Stato non ha base alcuna reale di vero pegno o d'ipoteca sui beni dello Stato; riposa esclusivamente sulla fede pubblica e personale, sul credito morale dello Stato, e quindi il suo valor venale oscilla a seconda che aumenta o diminuisce la sicurezza, la tranquillità, la pace pubblica, e la forza e la dignità dello Stato medesimo.

Lo Stato non può violare la sua obbligazione, nè direttamente nè indirettamente: e non solo quindi non può negarsi al pagamento della rendita, nè totalmente, nè parzialmente *(riduzione)*, ma non può nemmeno indirettamente diminuirla con tasse apposite e speciali, secondo la espressa disposizione dell'art. 3 della legge 10 luglio 1831. Che se tuttavia la rendita fu colpita dalla tassa di ricchezza mobile dalle leggi 4 e 20 luglio 1864 e peggio poi cogli ultimi provvedimenti finanziarii e colpita col rigoroso sistema della ritenuta dall'art. 24 della legge 7 luglio 1868, n. 4490, sul macinato, di-

guisachè di fatto lo Stato, invece del 5, pagò il 4,34 e meno per cento, ciò non passò senza grave contraddizione, ed anche senza grave ragione, la quale fu non doversi la immunità da tasse e la inviolabilità del debito pubblico spingere al punto da attribuire, al contrario, alla rendita sullo Stato un privilegio di esenzione dalle imposte che gravano ogni altra rendita.

## VII. — Estinzione.

Il debito pubblico si estingue generalmente ne' modi stabiliti nelle leggi di sua creazione (1).

La estinzione del debito, quando è convenuta nella legge o quando è stabilita facoltativamente dal governo in caso di debito irredimibile, si dice ordinariamente *ammortamento;* ma questo si fa in varii modi, cioè *gradualmente,* o mediante un istituto apposito *(cassa di ammortamento);* si fa per sorteggio, o senza; si fa in ragione semplice, cioè con somme destinate separatamente al riscatto del debito, o composta, cioè con annualità comprendenti interessi e capitale (2).

La cassa d'ammortamento è un istituto apposito, alimentato da imposte, interessi composti di capitali e di rendita, mano mano ad opportune occasioni riscattata, e dai frutti di tutte le operazioni bancarie che è autorizzata a fare. La sua potenza principale risiede nella meravigliosa forza di riproduzione degl'interessi composti, calcolata da Price poter riprodurre o estinguere cento milioni con un milione in 35 anni, e in 14 anni raddoppiare il capitale. Magnificata quindi con un prodigio da alcuni, criticata severamente da altri, come Hamilton, Riccardo e Garnier, i quali sostengono assai preferibile il sistema del graduale ammortamento col bilancio, ossia col sopravanzo delle imposte, sistema che permise all'America di estinguere il debito di 500 milioni di dollari dal 1790 al 1848. Il più grave appunto al sistema della cassa d'ammortamento è il pericolo d'abuso per parte del governo, e la continua e sempre presente seduzione a mettervi sopra le mani. Gli è quello che ebbero a sperimentare siffatti istituti in Inghilterra e in Francia, dove la *Cassa* fu abolita finalmente con legge 16 settembre 1871.

---

(1) Regol. 1870, art. 188.

(2) Regol. 1870, art. 188 e seg.

In Italia, ove preesisteva per l'editto sardo 24 dicembre 1819, fu abolita per la legge 1861 (1). Il *Consorzio nazionale,* che surse in Italia in un momento di slancio patriottico per estinguere i debiti creati per le guerre della indipendenza, è un'istituzione non finanziaria e governativa, ma libera e indipendente, perciò non soggetta a' segnalati pericoli.

Un altro modo di estinzione del debito pubblico è la *conversione,* ossia l'alternativa in cui lo Stato pone i possessori di rendita pubblica, o d'accettare nuovi titoli a interesse ridotto, o di riceverne il rimborso del capitale a certo saggio, che può essere o quello di *emissione,* o quello del *corso,* o il nominale. Diversa quindi la conversione dalla *riduzione,* che sarebbe un'assoluta e coatta diminuzione dello interesse promesso.

Quanto alla conversione accade una doppia questione di giustizia, l'una generale sulla facoltà dello Stato, l'altra speciale sulla misura del capitale da rimborsare.

Pel principio generale che il termine si presume apposto in favore del debitore, quando non risulti il contrario (2), e per la più speciale disposizione che, nonostante patto contrario, si può restituire sempre, dopo cinque anni, il debito che porti usura maggiore del saggio legale (3), anche lo Stato dovrebbe poter rimborsare il capitale della rendita, almeno quando questa, in raffronto del prezzo d'emissione, rispondesse a più del cinque per cento, e fossero decorsi, dall'emissione stessa, cinque anni: il che corrisponde alla legge di conversione. Ma l'articolo seguente del codice stesso, cioè il 1833, fa eccezione alla regola appunto a danno dello Stato, dicendo che: « le disposizioni dell'articolo precedente non sono applicabili ai contratti di rendite vitalizie nè a quelli che stabiliscono la restituzione per via di annualità che comprendono gli interessi ed una quota destinata alla restituzione progressiva del capitale ». E soggiunge al capoverso: « Esse non sono del pari applicabili a qualunque specie di debito contratto dallo Stato, dai comuni o da altri corpi morali colle autorizzazioni richieste dalle leggi ». Si grava di questo come di un'odiosa eccezione taluno (4),

(1) Vedine la storia e la polemica nella discussione 5 giugno 1861 alla camera dei deputati.

(2) Cod. civ., art. 1175.

(3) Cod. civ., art. 1832.

(4) Mantellini, *Lo Stato,* ecc., II, 422 e seg.

visto che lo Stato e i comuni soggiacciono nelle loro distrette, come i privati e peggio, alle pressioni delle usure. Ma dacchè la legge che crea il debito può dettare le condizioni che voglia della estinzione di esso, e dacchè l'art. 5 della legge organica sul Gran libro assolutamente dispone che « *alla estinzione del debito pubblico provvederanno le leggi annuali del bilancio* », forse fu per questo e non altro che il codice eccettuò i debiti pubblici, epperò non fu odiosa, ma forse favorevole e certo innocua eccezione.

Circa la questione speciale della misura del capitale a rimborsare, il principio di giustizia è che debba equivalere al prezzo corrente della rendita, e lo Stato debba essere alla pari di chiunque compera o espropria qualunque valore. Il prezzo di emissione e il valor nominale stesso potrebbero non essere tali, e chi comperò la rendita a un prezzo superiore, rimetterci un tanto.

Finalmente la rendita estinguesi anco per prescrizione (1), cioè pel pagamento delle rate semestrali in cinque anni, e quanto al titolo stesso, in trent'anni da che si cessò dallo esigerle (2).

## VIII. — Amministrazione. — Giurisdizione.

Dell'amministrazione del debito pubblico fu toccato di sopra (3). La giurisdizione del debito pubblico è tutta speciale ed eccezionale, e, per legge nostra (4), è riservata al consiglio di Stato. Appartiene quindi a' residui del contenzioso amministrativo, e la ragione ne è tutta di fiducia e di espediente politico, non potendosi logicamente ammettere che la interpretazione delle leggi, dei regolamenti e delle convenzioni di credito e di debito pubblico addimandi una competenza tecnica e specifica maggiore che non quella delle altre imposte e disposizioni amministrative e finanziarie. Anzi la rarità stessa delle controversie in tale materia parve provare piuttosto il contrario. Comunque, la speciale competenza è limitata ai debiti pubblici propriamente detti, non a' mutui o prestiti che lo Stato contrae nella forma ordinaria, ed è altresì circoscritta a' rap-

---

(1) Per la legge di Napoli le rate si versavano alla cassa d'ammortamento a titolo di deposito, il che equivaleva a imprescrittibilità.

(2) L. 1861, art. 37.

(3) Vedi il regol., tit. 1, 2, 3 e le altre leggi e i decreti succitati.

(4) L. 20 marzo 1865, all. *D*, consiglio di Stato, art. 10, n. 2; L. 2 giugno 1889, art. 25.

porti tra lo Stato e i creditori, non a' rapporti tra privati e privati in materia di debiti pubblici (1).

## IX. — Specificazione.

Questa la generale natura del debito o della rendita consolidata. Più particolare nozione non può aversene senza prima avere appreso la fondamentale distinzione delle due specie e forme, in *nominativa* e *al portatore*. La ragione estrinseca e formale della distinzione sta in questo, che le obbligazioni della prima specie sono inscritte a un nome di determinata persona, quelle della seconda non sono inscritte a persona, ma solo per la somma, e il creditore non è determinato dalla iscrizione stessa, ma da chi possiede o presenta il titolo corrispondente. Imperocchè il capitale del debito che lo Stato vuol creare è da esso, per comodità contabile ed amministrativa, diviso in frazioni omogenee e decimali di cento l'una, a ciascuna delle quali corrisponde il tanto d'interesse che vuol pagare, sia il cinque, sia il tre, sia altra cifra, e a ciascuna delle quali corrisponde altresì un titolo o documento. Se lo Stato si obbliga di pagare codesta rendita al creditore inscritto o a chi legalmente ne sia pur dimostrato rappresentante o avente causa, si ha la rendita *nominativa:* se invece dichiari pagarla al semplice possessore o presentatore del titolo, si ha la rendita al portatore.

Le obbligazioni al portatore però, di cui nella legge sarda 4 aprile 1856, oltrechè possono tramutarsi in nominative, come si dirà, possono acquistarne anche l'efficacia, depositando le cartelle presso la amministrazione, e ottenendo un certificato di tale deposito (2). La legge poi del 29 aprile 1877, n. 3790, creò una specie d'iscrizioni miste, cioè nominative, pagabili con cedole al portatore.

## X. — Rendita al portatore.

La rendita al portatore, che giuridicamente non sarebbe se non un diritto personale, per la sua natura formale, cioè per la disposizione di legge che ne converte il documento *(cartella,* che si stacca da un registro a matrice, con cedole o *coupons* per le rate

(1) Mantellini, loc. cit., pag. 431, 432.
(2) Regol. 1870, art. 213.

semestrali di rendita) in titolo al portatore, acquista il carattere giuridico di cosa mobile, il cui possesso val titolo (1). Al rovescio, essa è un'obbligazione dello Stato verso persona indeterminata, ma determinabile solo dalla presentazione del certificato, e non in altra guisa, perocchè perderebbe la sua natura. Son quindi tali rendite non suscettive di alcun vincolo, sequestro, o di alcuna opposizione (2), nè può ritardarsene o impedirsene in alcun modo il pagamento presso l'amministrazione, salvochè ne' rapporti tra privati han luogo le regole comuni della proprietà mobiliare.

### XI. — Rendita nominativa.

La rendita nominativa è rappresentata da un titolo che si dà al proprietario inscritto, e dicesi ed è un *certificato* d'iscrizione della rendita stessa, il quale deve quindi corrispondere alla iscrizione medesima per la somma del debito deliberata da legge e iscritta in complesso, ed altresì pel nome e i connotati del titolare, ciò che importa eziandio la necessità della *identificazione* della sua persona.

Tal rendita o titolo pertanto, benchè sottostia più al regime dei diritti creditorii privati e alle regole della cessione, tuttavia, per le modalità che questi istituti vi subiscono in grazia della persona e della utilità pubblica, ammette il maggiore svolgimento nella sua natura, nei suoi elementi, negli effetti che produce, nelle variazioni che subisce.

#### 1° — *Sua natura.*

Il debito consolidato è un'obbligazione personale dello Stato verso la persona determinata del titolare inscritto. Il certificato è un documento necessario, una prova essenziale del medesimo, un titolo e però cosa mobile; ma per essere iscritto nel registro nominativo e per esso attaccato alla persona del creditore da un lato, e fondato sul credito dello Stato dall'altro, è, nonostante la definizione della legge (art. 24), considerato come immobile per certi effetti

(1) Cod. civ., art. 418, 707, 708, 709, 1126.
(2) L. 1861, art. 11.

di tasse, d'ipoteca (1), di usufrutto e di altri vincoli, e, secondo alcuni, per la soggezione allo statuto reale (2).

2° — *Suoi elementi.*

Quanto agli elementi, il carattere specifico della rendita nominativa si riflette principalmente nella persona del creditore o proprietario. Il titolare, o persona iscritta, n'è anche, come si disse già, il proprietario. Tali possono essere una persona singola, una persona collettiva, ma non più persone. La unicità del titolare fu ritenuta come regola, comandata dalla ragione di semplicità amministrativa (3). La persona collettiva può essere un corpo o istituto pubblico, legalmente rappresentato, uno stabilimento, una società espressa dalla sua ditta o ragione sociale (4). Per eccezione, può la rendita iscriversi a nomi di più minori o altri amministrati, purchè rappresentati da un solo amministratore (5).

Se vi siano più comproprietari della stessa rendita, ciascuno domanda la iscrizione per la sua parte; le piccole frazioni si alienano (6).

3° — *Sua efficacia.* — *Vincoli.*

L'efficacia in generale delle iscrizioni è quale fu detto delle inscrizioni al portatore. Ma particolari effetti derivano dalla natura speciale del titolo, paragonato legalmente a cosa immobile per la sua capacità di affezioni reali, quale l'ipoteca, l'usufrutto ed altri vincoli (7).

L'usufrutto della rendita nominale non è ammesso a favore di più persone, se non congiuntamente (legge, art. 23) in modo da consolidarsi sopra un solo degli usufruttuari (regol., art. 112, 113), cioè con diritto di accrescimento ai superstiti, ma da non passare

(1) C. C., art. 1967, n. 24 e L. 1861, art. 24, 26.

(2) Mantellini, *Lo Stato e il codice*, ii, 431. *Contra,* Disc. parlam., *Atti,* 1861, pag. 1242.

(3) Legge 1861, art. 12.

(4) Legge 1861, art. 12 e seg.

(5) Ivi e art. 27 del regol. 1870.

(6) Bastogi min., Discuss. parl., 4 agosto 1869.

(7) Legge 1861, tit. 4, art. 24 e seg.; Regol., tit. vii, art. 98 e seguenti.

successivamente da una persona all'altra, conforme al concetto dell'art. 901 del codice civile. Questa disposizione, di cui non si vede la coerenza con l'altra dell'ipoteca parziale (1), deriva dalla consueta ragione di semplicità di amministrazione e di relativa indivisibilità del titolo. Conseguènza della *congiunzione* si è che basta l'attestato di esistenza d'un solo per riscuoterne la rendita (2).

Ma non è ammesso, sempre per l'anzidetta ragione, che un solo vincolo o una sola ipoteca (3), tranne quello dell'usufrutto, che può essere a favore di più, s'intende quando la somma della rendita lo consenta, e tranne che può cumularsi l'usufrutto coll'ipoteca (4).

Il vincolo può colpire la rendita e il capitale, cioè tutte le rendite e il possibile rimborso (5). L'ipoteca può gravare la rendita anche parzialmente (6).

Nel vincolo è da considerare poi la causa o modo d'imposizione, la forma, la durata, la risoluzione.

Causa o modo d'imposizione d'ipoteca o vincolo sulle rendite nominative non può essere che la convenzione (7). Quindi l'ipoteca non può essere nè giudiziaria nè legale. Ragione fondamentale della legge è la più libera commerçialità e sicurezza de' titoli pel commercio, e pel credito dello Stato. Non è escluso però, come vedremo, l'usufrutto per legge (8), nè l'annotazione di vincolo o ipoteca per decisione di giudice (9).

La forma o documento di questa causa d'imposizione è duplice: 1° per atto pubblico e questo o notarile o giudiziale; 2° per dichiarazione presso l'amministrazione del debito pubblico o presso l'ufficio di prefettura della residenza del titolare, colla procedura del regolamento (10). Codesta restrizione quanto al documento d'iscrizione e il divieto della scrittura privata di fronte alla disposizione

---

(1) Regol., art. 107.

(2) Regol. 1870, art. 168.

(3) Queste restrizioni della unicità del vincolo riguardano sempre la iscrizione sui certificati stessi e sulle cartelle; rimane libero tra privati di vincolarli com'essi vogliono. V. *Atti parlam.*, p. 1248.

(4) Regol., art. 115.

(5) Regol., art. 210.

(6) Ivi, art. 107.

(7) Legge 1861, art. 24 e 32; Regol. 1870, art. 98 e seg.; Discuss. parl., 1861, pag. 1241 e 1242.

(8) Legge 1861, art. 26.

(9) Regol. 1870, art. 105.

(10) Detto regol., art. 99 e seg.

dell'art. 1978 del codice civile, ha, per ragione, l'intento della legge che è di rendere il meno possibilmente facile la imposizione dei vincoli e dare la maggior garanzia e sicurtà all'amministrazione nella responsabilità che le incombe a causa de' medesimi.

La forma esterna poi delle ipoteche e dei vincoli è l'annotazione duplice degli stessi e degli atti onde si creano sopra la iscrizione e i certificati rispettivi (1). Codesta è forma *necessaria*, tanto che, senza di essa, non ha efficacia nemmeno l'usufrutto che si fonda sulla legge (2).

Quanto alla durata, il vincolo di usufrutto può essere consentito per tempo indeterminato o determinato, a vita, con condizioni. Se è a favore di *una* persona e suoi aventi causa, o a favore di una corporazione o di qualsivoglia stabilimento, esso non può durare oltre i trenta anni (3) e cessa di diritto con questo termine; disposizione che richiama quella dell'art. 518 del codice civile.

I vincoli, finchè legalmente perdurano, si trasferiscono insieme colle iscrizioni, e quindi sono identicamente conservati e trasportati, insieme alle iscrizioni, ne' passaggi e nelle traslazioni loro (4).

Nella risoluzione ed anche modificazione dei vincoli si dee badare alle cause, a' titoli, alle forme. La causa è il fatto giuridico contrario a quello della sua creazione, il consenso delle parti, la condizione avvenuta, puta la morte del coniuge se si tratta di vincolo dotale, o dell'usufruttuario, il trentennio ne' corpi morali o il termine convenzionale scaduto, la maggiore età, ecc. (5).

I titoli o documenti onde risultare debbono tali atti sono, se si tratta di svincolo contrattuale, l'atto pubblico notarile o giudiziale, o la dichiarazione presso l'amministrazione del debito pubblico; o, in altri casi, la decisione del giudice (6), o il decreto dell'autorità competente, se si tratti d'ipoteca nell'interesse della pubblica amministrazione (7), o la prova del termine scaduto (8), o della con-

---

(1) Detto regol., art. 99 e seg.

(2) Ivi.

(3) Legge 1861, art. 25; Regol. 1870, art. 113.

(4) Legge 1861, art. 27; Regol. 1870, art. 110.

(5) Regol., art. 29; d., tit. VIII.

(6) Com'è il caso dello svincolo di rendite inscritte con vincolo di feudo o fidecommesso, o altro, quando sien divenute libere per l'abolizione di siffatti vincoli (L. 11 agosto 1870, art. 3).

(7) Legge 1861, art. 33, 34; Regol. 1870, art. 108; tit. VIII, art. 121 e seg.

(8) Regol. 1870, art. 128.

dizione avvenuta, p. es. l'atto di nascita in caso di cessazione di vincolo per maggior età (1), l'atto di morte in caso di vincolo dotale d'usufrutto vitalizio (2).

### 4° — *Efficacia.*

*Variazioni: unioni, divisioni, traslazioni, tramutamenti, opposizioni.*

Rimane a dire delle variazioni cui van soggette le iscrizioni nominative, e sono le unioni, le divisioni, le traslazioni, i tramutamenti, le opposizioni.

Un'obbligazione o iscrizione (e questo accade non solo delle nominative, ma delle iscrizioni al portatore), per una somma multipla di 100, può, a richiesta del titolare de' certificati o dell'esibitore delle cartelle, esser divisa in più, e queste (se son nominative) inscritte alla stessa o a diverse persone, come al contrario più iscrizioni possono riunirsi in una e questo (se si tratti di nominative) sotto gli stessi o sotto altri nomi a volontà de' titolari, purchè la divisione o riunione si faccia in quelle somme o *quotità* che sono determinate dal regolamento (3).

La iscrizione nominativa può essere mutata in iscrizione al portatore e viceversa, e questo dicesi il *tramutamento* (4). Per le iscrizioni al portatore ci vuol la richiesta dell'esibitore, il quale però può domandare che il tramutamento sia fatto a nome d'altro individuo, stabilimento o corpo morale da designarsi (5). Per le nominative è necessaria la richiesta del titolare, e la prova che esso ne abbia la libera disponibilità, e non siano soggette a vincolo o ad ipoteca, e non vi sia opposizione od altro impedimento (6).

Il tramutamento è imposto talvolta dalla legge, come p. es. al tutore, nel caso che si trovino nel patrimonio del minore titoli al portatore, e il consiglio di famiglia non ne abbia deliberato altro impiego (7).

---

(1) Regol. 1870, art. 29.

(2) Detto regol., art. 124.

(3) Regol., art. 23, 24; V. legge 1861, art. 16 e seg.; d. Regol., tit. v, art. 42 e seg.

(4) Legge 1861, art. 17, 18, 23.

(5) Regol. 1870, art. 42.

(6) Regol., art. 43.

(7) Cod. civ., art. 298.

Il tramutamento si opera colle formalità di legge che sono, salvo congruità, quelle stesse della cessione e traslazione (1), di cui ora si parlerà.

Surse quistione se, depositate le cartelle al portatore per tramutarle in nominative, il pericolo delle medesime appartenga all'esibitore o all'amministrazione. Le ipotesi o teorie che si possono invocare nella quistione sono: 1° quella della vendita o permuta, in generale di tutti i contratti traslativi di proprietà, ne' quali la proprietà passa nell'acquirente dal momento del perfezionato consenso (2). Da questa teoria si deduce che, fatto il contratto mediante il deposito del titolo, la proprietà del titolo vecchio passa subito all'amministrazione, e con essa anche il rischio, e viceversa il rischio del titolo nuovo ricade sul richiedente (3); 2° quella del deposito, o del mandato, ne' quali al depositario o mandatario appartiene la responsabilità della colpa o della mora, al depositante quella de' casi fortuiti (4).

A nostro parere, qui è da tener conto delle specialità di diritto pubblico. Non v'ha dubbio che nella operazione del tramutamento vi sia in principio un affare di deposito de' titoli, e tale lo chiama espressamente la legge e il regolamento. Ma fra il momento del deposito e il cambio effettivo del vecchio titolo col nuovo corrono di mezzo svariatissime forme o atti da legge prescritti e che compionsi presso uffici diversi (5). L'adempimento indispensabile di codesti atti necessari e legittimi, a cui è raccomandata la operazione, impedisce che possa considerarsi sin da principio un negozio compiuto, di vendita o di permuta, o di considerare come trasferita la proprietà sino all'ultimo atto in cui, compiute tutte le forme precedenti, l'amministrazione, legalmente rappresentata, compia la nuova iscrizione. Da questo punto il rischio passa all'amministrazione: prima non può, a nostro avviso, esser quistione che di caso fortuito o di colpa, secondo la teoria del deposito o del mandato.

La traslazione, ossia il passaggio da un proprietario all'altro del

(1) Regol. 1870, art. 46 e seg.; Legge 1861, art. 18, 23.

(2) Cod. civ., art. 1125, 1480, 1549, 1550, 1555.

(3) Vedi Mantellini, loc. cit., 432.

(4) Cod. civ., art. 1843, 1845, 1846.

(5) V. Legge 1861, art. 16, 17, 23; Regol. 1870, art. 45, 51 al 61, 233, 243, 313, 318, 321, 332, 333; L. 18 dic. 1873, n. 1726; R. D. 20 settembre 1874, n. 2058, art. 1, 2, 3.

titolo o della rendita, può avvenire per convenzione o per atto necessario.

La traslazione consensuale o per cessione si compie in forme pari a quelle della creazione dei vincoli, cioè: o per atto pubblico, notarile o giudiziale, o per dichiarazione emessa dal titolare presso l'amministrazione del debito pubblico, o presso l'ufficio prefettizio, o con dichiarazione scritta sullo stesso certificato e firmata dal titolare stesso in persona, esclusa la procura (1). L'atto e i documenti concernenti la causa della traslazione e le persone, p. e. la procura del dichiarante, l'attestazione per notaio e agente di cambio della capacità giuridica del trasferente, devono essere depositati all'amministrazione insieme al certificato.

La traslazione per atto necessario può avvenire o per successione o per fallimento, o per espropriazione in virtù d'ipoteca, o per sentenza di giudice passata in giudicato (2).

La traslazione per successione intestata o testamentaria agli eredi o legatarii si ottiene mediante il deposito del titolo legale a possedere. E questo consiste in un decreto emanato in camera di consiglio dal tribunale civile del luogo dell'aperta successione, o della corte d'appello della residenza dell'amministrazione, per le successioni aperte all'estero (3). Le prove del diritto successorio possono farsi con atto pretoriale di notorietà ed altre prove comuni (4). Quando sorga controversia di successione, si esige la sentenza passata in giudicato (5).

In caso di fallimento o di cessione di beni si applicano le leggi in vigore sulla materia, e le traslazioni han luogo in conformità alle ordinanze, alle sentenze dei giudici competenti (6). Il giudice può ordinare, secondochè crede, la traslazione o il tramutamento, o anche l'alienazione della rendita a beneficio dei creditori (7).

Finalmente nelle stesse controversie che possono insorgere circa le rendite nominative, sia per successione, sia per altra causa, e

---

(1) Legge 1861, art. 18; Regol. 1870, art. 46 e seg.

(2) Regol. 1870, art. 52.

(3) Legge 1861, art. 20; Regol. 1870, art. 52; tit. v, art. 78 e seg.; Legge 11 agosto 1870, n. 5784, all. *D*, art. 2, 3.

(4) Regol. 1870, art. 82, 83, 90.

(5) Legge 1861, art. 20.

(6) Legge 1861, art. 20; Regol., art. 52, art. 148 e seg.

(7) Regol., art. 149.

in virtù d'ipoteca presa già sulle iscrizioni, può una sentenza di giudice ordinare la traslazione a favore dell'avente diritto o del creditore (1). Nel caso d'ipoteca può la sentenza ordinare l'aggiudicazione totale o parziale, ovvero l'alienazione, previo lo svincolo e il tramutamento (2) della rendita, pure in tutto o in parte per la soddisfazione del credito (3), purchè tanto l'aggiudicazione quanto l'alienazione, quando è parziale, risponda al minimo o al multiplo della rendita inscrivibile: la differenza, se in più, si lascia iscritta o si reiscrive al debitore, o dove non sia capace del minimo o multiplo, si versa a suo favore nella cassa de' depositi e prestiti (4).

La traslazione anche per sentenza dev'essere preceduta dal deposito del certificato. Se questo non sia possibile, si supplisce o con ordine espresso del giudice, ovvero colle formalità prescritte in caso di smarrimento (5). Il giudice può ordinarla, sull'esibizione di una dichiarazione che l'amministrazione rilascia della esistenza della iscrizione (6).

Si fa quistione se, quando la legge autorizza la iscrizione in base di *sentenza passata in giudicato*, come agli articoli 19 e 20 della legge, e in molti articoli del regolamento (7), la sentenza debba essere anche irretrattabile, ossia non suscettibile di revocazione o cassazione, o se sia al contrario eseguibile, nonostante la pendenza di codesti rimedii, secondo la generale disposizione dell'art. 520 del codice di procedura civile, ove si dice che: « il ricorso per cassazione non sospende l'esecuzione della sentenza, salvo i casi eccettuati dalla legge », quali sono quelli contemplati dagli articoli 909, 780 e 561 del codice stesso di procedura civile.

Per la opinione della irretrattabilità si possono addurre gli esempi degli art. 341, 494, n. 5, 517, n. 8, di procedura civile, gli art. 90, 2036 del codice civile, i quali, quantunque non contenenti altre espressioni che questa medesima, cioè di sentenza passata in giudicato, furono intesi sempre e debbono esser nel senso di sentenze irretrattabili e si può aggiungere essere così stata intesa la cosa

---

(1) Regol., art. 52, 149, 152; Legge 1861, art. 19.
(2) Regol., art. 154.
(3) Ivi, art. 153.
(4) Regol., art. 155, 157.
(5) Regol., art. 68, 90, 97, 148, 151.
(6) Detto regol., art. 68.
(7) Art. 52, 65, 67, 94, 126, 127, 147, 148, 150 e notev. 332.

giudicata dalla giurisprudenza in pareccchi casi, come dalla cassazione di Napoli in causa De Angelis, 30 giugno 1868, di Torino in causa Gagliardi, 2 febbraio 1872, di Napoli stessa, in causa Monaco e Prattico, 27 febbraio 1875 (1). Si adduce ancora l'inconveniente della irreparabilità dell'effetto, la quale però può verificarsi o no, secondo le circostanze del caso.

E considerando che l'aggiunta di *cosa giudicata* sarebbe inutile qualora si trattasse di sentenza soggetta a rimedio ordinario, perchè questo sospenderebbe di per sè stesso l'esecuzione, cioè il trasferimento, e considerando altresì il sistema restrittivo e rigoroso che la legge segue in materia di vincoli e di variazioni nelle iscrizioni (2), ci sembra più probabile appunto questa interpretazione.

L'ultima specie di accidenti o variazioni cui può andar soggetta la iscrizione nominativa è la *opposizione*, cioè il reclamo o rimedio pel quale, indipendentemente dal consenso del proprietario, di che si è parlato, si pretenda impedirne o sospenderne l'effetto, cioè il pagamento della rendita e altri atti di libera disponibilità, puta la traslazione o il tramutamento.

Principio fondamentale della legge è l'insequestrabilità della rendita, cioè l'incapacità ad essere sottoposta ad esecuzione o traslazione per atti di terzi, sia pur creditori, all'infuori della volontà del proprietario. Esso ha doppia ragione per la facile commerciabilità dei titoli, e per disimbarazzo dell'amministrazione. Ignoto alla legge francese del 1793, introdotto poi nelle leggi posteriori, e interpretato in un senso assoluto dalla giurisprudenza francese, e per tale scritto nella legge napolitana (18 marzo 1807 e 22 agosto 1815), sino a vietare il vincolo consensuale, temperato nella legge italiana, come nella legge toscana e piemontese e di altri antichi Stati, sì da vietare la esecuzione coattiva, ma rispettando questa quando è effetto della volontà del proprietario, cioè conseguenza d'un'ipoteca o vincolo consensuale. Uniche eccezioni: 1° la sentenza di giudice, eccezione poco consentanea al principio (3), ma giustificata per la ragione di non sottrarre al creditore il naturale

(1) V. Mantellini, *Lo Stato*, ecc., II, 433 e seg.; vedere pure Pisanelli e Scialoia, *Commento*, IV, pag. 632.

(2) Legge 1861, art. 15, 16, 28, 30, 32.

(3) Legge 1861, art. 19. Criticata perciò nella discussione 4 agosto 1861 (*Atti parl.*, p. 1225.

rimedio dell'art. 1949 del codice civile, nel solo caso ch'egli, insieme a una sentenza potesse presentare il certificato d'iscrizione: condizione questa che salva il principio di non nuocere alla commerciabilità libera de' titoli: e giustificata altresì dagli esempi della legislazione belga del 1811 e 1851; 2° i casi di opposizione, cioè smarrimento di titoli, successione litigiosa, fallimento (1), casi che non nocciono al doppio suenunciato scopo della insequestrabilità, perchè, nel caso stesso, il più difficile, dello smarrimento, la possibilità di fingerlo e negoziare il certificato nuovo si è creduta riparata abbastanza dalla sanzione dell'art. 626 del codice penale.

E fuori di questi casi, *e dei casi d'ipoteca* (cioè di esecuzione forzata in virtù d'ipoteca), *non saranno soggette a sequestro, impedimento od esecuzione forzata per qualsivoglia causa o anche per sequestro o altra causa qualunque* (2).

Nè vi può essere il caso di controversia sulla proprietà, indipendentemente da quella sul diritto successorio, perchè la proprietà è determinata dalla iscrizione stessa. Non rimarrebbero che i casi di pignoramento pretorio o di esecuzione forzata non dipendente da ipoteca convenzionale già annotata sulla iscrizione, nonchè il caso di sequestro conservativo e giudiziario. Ma la legge, intesa a restringere nei più angusti confini le opposizioni e gli impedimenti alla disponibilità del titolare, li vieta, onde non fu permesso il sequestro neppure per spese di giustizia (3).

Certe incertezze di formula nelle disposizioni della legge (articolo 19) e del regolamento (art. 149, 152 raffrontati) lascerebbero dubbio se fuori dei quattro casi di opposizione enumerati negli articoli succitati, cioè 30 e 32 della legge, e 131 del regolamento, ce ne potesseso essere altri, genericamente contemplati nell'art. 19 della legge e 152 del regolamento, cioè della sentenza di giudice ordinante espropriazione o traslazione della rendita. Ma dalle anzi accennate formule assolute restrittive pare doversi intendere gli articoli 19 e 152 non d'altra sentenza che di quella che il giudice

---

(1) L. 1861, art. 30. Analogia colle fedi di deposito e note di pegno (L. 3 luglio 1871, n. 340, art. 20).

(2) L. 1861, art. 30, 32; Regol., art. 131 e seg. — Così pure per la legge francese 8 nevoso, anno VI, art. 2 e 22 flor., anno VII, art. 7; DUCROCQ, *Dr. adm.*, II, 184. Il debito di rendita non è sequestrabile e nemmeno *compensabile* con altro reddito per parte dello Stato.

(3) MANTELLINI, *Lo Stato*, ecc., pag. 431.

emanò in virtù di ipoteca convenzionale, o per decidere la controversia sul diritto successorio, o in caso di fallimento, cioè di casi sempre contemplati negli articoli 30, 31 e 131, ovvero ancora in caso di vincoli di usufrutto, di dote, di fidecommesso od altri, nel qual caso non si tratta di nuova opposizione e nuovo impedimento, ma degli effetti giuridici di vincoli già imposti. Ora dei quattro casi divisati di opposizione vediamo brevemente l'obbietto, la forma e la risoluzione.

Nel primo caso, di perdita de' certificati d'iscrizione, lo effetto pel quale l'opposizione si domanda, può esser quello di ottenere la sospensione delle rate semestrali e il rilascio di un nuovo certificato. Le forme sono la domanda con firma autenticata da agenti di cambio accreditati o da notaio, corredata di documenti sul diritto e sulla iscrizione, la triplice pubblicazione di questa sulla *Gazzetta ufficiale*, ed altre che sono enumerate nei regolamenti (1).

Per la opposizione in caso di controversia sul diritto successorio e in caso di fallimento si può domandare tanto la sospensione del pagamento delle rate semestrali, quanto la traslazione o il tramutamento delle iscrizioni a favore del richiedente o anche, in caso di fallimento, l'alienazione delle medesime. Ma il tutto deve essere autorizzato da provvedimento, o sentenza del giudice (2), che deve essere presentata all'amministrazione in caso di fallimento, e col ricorso (3).

L'opposizione in virtù d'ipoteca può avere a obbietto o il sequestro delle rate semestrali durante il giudizio di espropriazione, o la espropriazione in soddisfazione del credito, la quale si fa mediante alienazione, previo svincolo e tramutamento, di tutta o parte della rendita, o per aggiudicazione diretta, ossia traslazione della rendita stessa in tutto o in parte al creditore ipotecario, ovvero anche, se basti, per aggiudicazione di alcune rate semestrali (4).

Le opposizioni finalmente si risolvono mediante atto di giudice o mediante consenso dell'opponente espresso in atto pubblico, o dichiarazione presso l'amministrazione (5).

---

(1) Regol. 1870, art. 135 e seg.

(2) Regol. 1870, art. 145, 148.

(3) D. art. 145 e art. 133.

(4) L. 1861, art. 19; Regol. 1870, art. 149 e seg.

(5) Regol., art. 147.

## CAPO IV.

# Espropriazione pubblica.

### Art. 1. — *Cenno storico e legislazione.*

Il concetto assoluto del diritto di proprietà nel diritto romano non permetteva di accogliere come un'istituzione giuridica quella che si presentava come una contraddizione ad esso, la vendita coattiva per causa, sia pure, di pubblica utilità. Lontano dunque dal potervi ritrovare testi che precorrano l'istituto della espropriazione, noi vi ritroviamo il contrario, cioè la condanna di essa, sia nei testi romani, sia nelle fonti storiche (1). Onde potè bastare l'opposizione d'un privato per impedire un acquedotto, o l'esigenza disorbitante d'un proprietario per impedire ad un Augusto l'ampliamento del fòro.

Il sentimento di equità e l'affetto civico, la copia del danaro pubblico non fecero sentire il bisogno di rendere la logica giuridica più pieghevole ad una composizione del diritto privato col pubblico, e così senza l'aiuto del diritto, con quello solo del costume furono possibili i grandi monumenti dell'epoca de' re e della repubblica. E furono anche possibili nell'epoca imperiale.

Non mancava però nè in quella nè in questa il principio di ottenere dai proprietari contumaci quel che bisognasse alla repubblica. Come nello stesso campo del diritto privato v'era un *iter* coattivo per accedere al sepolcro, prestato *justo pretio* (2), così pei bisogni pubblici il passaggio pure coattivo per necessaria pubblica comunicazione (3), e il diritto di cavar terra, marmi ed altro nell'altrui (4), specie per gli acquedotti (5), quello di compera ufficiale delle derrate per pubblico bisogno (6).

---

(1) L. 12, C. *De his quae vi metusve;* L. 11, 13, 14, C. *De contr. emp.*; Cic., *De leg. agr.*, I, 5, II, 27; in *Rullum*, II, 30; Stevonio, *August.*, 56; T. Livio, XL, 51. — Pel diritto romano, vedi la *Monografia* di Ferdinando Piccinelli, Firenze, tip. Salani, 1882; V. pure il *Comm.* dell'avv. Angioini Contini, vol. I.

(2) L. 12, ff. *De relig.*

(3) L. 14, § 1, ff. *Quemad. serv. amitt.*

(4) L. 13, § 1, ff. *Comm. praed.*

(5) È celebre il decreto riferito da Frontino, *De aquaed. urbis Romae*, cap. 125.

(6) V. L. 3, C. *De aedif. priv.;* L. 1, § 17, ff. *Ne quid in loc. publ.*, e L. 1, pr., ff. *De damn. inf.*, e la cit. L. 12, D. *De relig.*

Ma v'era poi anche nel diritto della repubblica, molto più nel diritto posteriore, l'*Imperium* che provvedeva alle necessità pubbliche, rappresentato dal *Præses* (1), e dallo stesso principe, la cui volontà *legis habet vigorem,* e a cui la legge regia aveva permesso « *ut quæcumque ex usu reipublicæ, majestate, divinarum, humanarum, publicarum, privatarumque rerum esse censebit, facere jus potestasque sit* ». E dipendeva solo dalla sua coscienza o dalla politica il subire più o meno le private intemperanze, o l'imporsi ad esse.

Certo è che espropriare si praticava, come è chiaro, dalle L. 50, 51, 53, cod. theod., *de oper. publ.*, e si arbitrava non solo sulla occupazione, ma sul modo dell'indennità, dandosi in compenso ora l'uso dello stesso edificio pubblico, come avvenne delle torri sulle mura di Costantinopoli, ora dell'antico pel quale la espropriazione era stata ordinata, *ut permutatio quædam facta videatur* (2). Nè manca persino, oltre le allegate che consistono in speciali esempi, una legge *generale* che autorizza le espropriazioni per pubblica necessità delle cose immobili, delle chiese e stabilimenti sacri (3).

Che se una legge, o, come oggi si direbbe, un istituto apposito non troviamo, autorizzante le espropriazioni pei bisogni della vita pubblica, dettante le norme e le garantie per l'esercizio di tal privilegio, più che da meravigliare che la non ci sia e come senza una cotal legge, senza piani regolatori e di ampliamento, vedessero la luce que' monumenti da giganti, sarebbe da stupire che ci fosse, mentre provvedeva abbastanza lo istituto della compravendita, e al difetto di consenso sopperivano il costume, lo spirito patrio, la equità, la ricchezza dello Stato e il diritto d'impero.

Nell'epoca barbarica e feudale, avvilendosi semprepiù il concetto dello Stato e il sentimento della sua forza e la coscienza dei bisogni pubblici e prevalendo invece, se non solo dominando, lo spirito del diritto privato, non poteva svolgersi di certo un'istituzione che rappresenta l'equilibrio e la conciliazione dei due elementi.

Piuttosto si svolge, e per le contrarie ragioni e per il crescente impulso di civiltà e di grandezza, ne' comuni, ne' cui statuti si trovano, se non sistemi di legge, speciali svolgimenti e applicazioni

(1) V. L. 9, C. *De op. publ.*

(2) V. GOTOFREDO alle cit. leggi e alla L. 1, C. Theod., *De aquaed.*

(3) Novella VII, cap. 2, § 1.

de' principii che oggi informano la nostra; inteso largamente il concetto di utilità pubblica, anche per decoro, abbellimento, sviluppo commerciale o industriale: nell'indennità tenuto talvolta conto del vantaggio: ripudiato in genere, talvolta ammesso, un soprapprezzo (come a Milano) o un prezzo d'*affezione:* l'indennità stessa stabilita per arbitri, talvolta per periti, pagata *previamente*, o depositata, ecc. (1).

La giurisprudenza intermediaria spiegava il fatto giuridico della espropriazione colla teoria del dominio eminente dello Stato sul territorio e i beni nazionali, onde si originarono i diritti maiestatici che andarono nelle varie costituzioni e leggi recenziori sotto il nome di retratto coattivo (2), di *jus congrui, jus protimiseos.*

La costituzione francese del 1791 proclama fra' diritti dell'uomo (art. 17) la inviolabilità della proprietà con addentellato alla espropriazione per *necessità* pubblica, e salva *indennità.* Le leggi napoleoniche del 16 settembre 1807 e 8 marzo 1810 svolsero l'istituto; la costituzione degli Orleans 1830, le leggi 7 luglio 1833 e 3 maggio 1841 lo modificarono, come i decreti imperiali 26 marzo 1852 e il decreto 25 dicembre 1852, con ritorno alle prime leggi imperiali.

Tranne Inghilterra ed America, ove si provvede con *bill* o legge volta per volta (3), tutti gli Stati ebbero leggi speciali: il Belgio quella del 27 aprile 1835, modellata sulla francese del 1810: la Svizzera la legge federale 10 maggio 1850, la legge cantonale ticinese dell'11 dicembre 1846: il Piemonte quella 6 aprile 1839 e l'altra del 7 luglio 1851 su piani speciali di allineamento e ampliamento: lo Stato pontificio del 3 luglio 1852, rimasta nelle Legazioni e nelle Marche anche dopo l'annessione di queste al regno italiano: Modena del 10 gennaio 1848: Lucca del 27 aprile 1833 Parma un regolamento sulle fabbriche, acque e strade del 25 aprile 1821: la Lombardia sotto la repubblica cisalpina le leggi d'acque e strade del 27 marzo e 20 aprile 1804, e sotto il regno italico la legge 11 luglio 1813, identica alla francese del 1810. In Toscana si procedeva con leggi per casi, come quella del 24 ottobre 1860: Napoli ebbe istruzioni e rescritti molteplici (4).

---

(1) Vedi De Bosio, *Dell'espropr. per causa*, ecc.; Pertile, *Storia del diritto ital.*, iv, 143; Sabbatini, *Com.*, Introduz.

(2) Tale la bolla di Gregorio XIII, *Quae publice utilia.*

(3) Blackstone, l. 1.

(4) V. Mantellini, *Lo Stato e il codice*, ii, 444.

Il diritto vigente sulla materia si compone dell'art. 29 dello statuto, riproduzione degli articoli 8 e 9 della carta francese del 1830: dell'art. 438 del codice civile (1), e della legge speciale 25 giugno 1865, n. 2359, modificata negli articoli 9, 10, 56, 71 della legge 18 dicembre 1879, n. 5188, e dell'art. 11 della legge 30 agosto 1868, n. 4613, sulle strade comunali obbligatorie. Il progetto primitivo della legge, calcata sulle RR. PP. sarde del 1839, fu opera del ministro di grazia e giustizia Pisanelli, che lo presentò alla camera nella seduta del 18 aprile 1864, con sua bella relazione (2). Rimandato alla commissione per lo studio delle altre leggi dell'unificazione legislativa, nominata con legge 2 aprile 1865, ritornò modificato alla camera con relazione della commissione, indi sottoposto ancora ad una speciale giunta composta di giureconsulti ed ingegneri, che fu nominata con regio decreto 2 aprile 1865, dopo la cui relazione il progetto fu proposto alla firma del re con nuova relazione riassuntiva dello stesso ministro Pisanelli (3). Fu promesso un regolamento, anzi redattone un progetto, rimasto finora senza approvazione.

### ART. 2. — *Concetto e fondamento.*

L'espropriazione, o facoltà di espropriazione, è il potere che ha lo Stato di togliere o modificare il diritto altrui. Suo fondamento è il diritto e dovere di socialità, onde non deve concepirsi come deroga, antitesi, violazione del diritto privato, ma come conciliazione de' due diritti, e come condizione dell'organismo generale del diritto. E nemmeno va pensato come una deroga del diritto naturale (4), ma come posizione del diritto naturale stesso: frase del Romagnosi. Come il diritto astratto dei singoli si modifica, o meglio, prende forma concreta in armonia a' diritti privati altrui, così deve *a fortiori* modificarsi in armonia al diritto dello Stato pel prin-

(1) Simili dichiarazioni si trovano nel Dir. pr. prussiano, I, 2, § 4, 7; Bavarese del 1756, IV, 3, § 2; Cod. N., § 545; C. austr., § 365; Cost. pruss. 1850, art. 9.

(2) Atti parlam., camera dei deputati, settembre 1863-64, tornata del 12 gennaio 1865, doc. n. 276 *A*.

(3) Vedi SABBATINI, loc. cit.

(4) Così il ROMAGNOSI, *Op. compl.*, VI, 1376, e il PISANELLI stesso e la legge francese del 1833.

cipio, che l'interesse privato deve cedere all'interesse pubblico, onde render possibile e perfettibile il diritto e del singolo e della collettività. Non è dunque la espropriazione un conflitto terminato colla vittoria di una parte e colla soccombenza dell'altra. È una conciliazione o trasformazione di un diritto in grazia di un altro per la coesistenza d'entrambi.

L'espropriazione, *lato sensu,* include ogni limitazione o modificazione, che va dalla semplice modalità fino alla estinzione del diritto, e si riferisce non al solo diritto di proprietà, ma a qualunque altro, e non alla sola proprietà immobiliare, ma alla mobiliare altresì. Nè si riporta solo ad un determinato scopo, ma a qualunque fine di pubblica utilità, quantunque le leggi speciali siano per lo più unilaterali, contemplando, p. e. come la nostra, la sola proprietà immobiliare e i diritti relativi ad essa, e il solo scopo di esecuzione d'opere pubbliche, non altri fini, per la ragione che alle cose mobili, ai diritti relativi e ad altri fini possano più opportunamente provvedere altre leggi (1).

Le modificazioni dei diritti in grazia della società o sono puri modi e condizioni venienti da leggi e regolamenti di sanità, d'igiene, di sicurezza, di ornato pubblico, dettate perchè il diritto di uno non trasmodi a danno o incomodo altrui (2), o si traducono in vere servitù reali e diritti specifici dello Stato e delle altre pubbliche amministrazioni sui fondi privati, puta le servitù dell'art. 534 del codice civile, quella della via alzaia ed altre contemplate dalla legge sulle opere pubbliche (art. 56, 66, 69, 144), i servizi militari secondo la legge 19 ottobre 1859, la servitù di non sopraedificare indotta dalle leggi o decreti speciali de' piani regolatori.

Finalmente sono vere occupazioni o danneggiamenti dei diritti e delle proprietà, e a questi è riserbato il significato ristretto della espropriazione.

---

(1) Così la legge 19 ottobre 1859, n. 3748, art. 11, 17 per demolizione di edifici od opere in grazia dei fortilizii, le RR. PP. 9 agosto 1836, il decreto luogotenenziale 7 maggio 1859, n. 3366, il R. D. 11 maggio 1866, n. 2912 e la legge 1° ottobre 1873, n. 1593, sulle requisizioni militari. Così pure la legge sui diritti d'autore per l'espropriazione di essi, la legge sulle opere pubbliche, art. 126, per le occupazioni in caso di piene e inondazioni.

(2) DALLOZ, *Repert.,* v. *Servitude,* num. 390.

### Art. 3. — *Partizione della materia.*

La materia di questo istituto può essere risguardata da un punto di vista materiale o da un aspetto formale. La espropriazione essendo una vendita in cui il consenso del venditore è supplito dalla legge, sia nella cosa, sia nel prezzo, per ragione di utilità pubblica, può essere studiata ne' suoi elementi sostanziali, nella causa cioè che ne supplisce il consenso, nella persona, nell'obbietto, ossia cosa e prezzo, ovveramente può svolgersi nelle forme dell'azione dello Stato.

In questo secondo senso formale il processo di espropriazione si divide in questi periodi principali: 1° la dichiarazione della pubblica utilità, stadio tutto interno e amministrativo; 2° la designazione delle cose che s'intendono espropriare e del prezzo o indennità che s'intende offrire, periodo in cui incominciano rapporti cogl'interessati; 3° la determinazione della indennità, la quale si suddistingue in due periodi, l'uno dell'amichevole e l'altro della contenziosa determinazione; 4° il periodo accessorio delle conseguenze e degli effetti della espropriazione. Questo è il sistema più pratico e seguito dalla legge, colla giunta (tit. II) di alcune disposizioni relative ad espropriazioni speciali per opere militari, per occupazioni temporanee o d'urgenza, per monumenti storici, per piani regolatori o d'ampliamento. Noi seguiremo il primo sistema, come più razionale e conforme al nostro istituto.

### Art. 4.

### *Persone. — Soggetto attivo e passivo dell'espropriazione.*

Soggetto attivo dell'espropriazione (espropriante) può essere non solo lo Stato o altra pubblica amministrazione, come la provincia, il comune, ma qualunque altro corpo morale o società o istituto privato, anzi un privato qualunque (1). Ma esso rappresenta sempre la causa pubblica, e però si può l'espropriazione sempre dire un diritto di Stato. Ognuno di questi enti deve essere autorizzato a procedere dalle autorità competenti e colle forme volute dalle leggi

(1) Legge 25 giugno 1865, n. 2359, art. 2, 3, 16, 24.

che li governano, sia per la spesa che occorra (1), sia per i piani de' lavori (2), e quindi è necessario, puta a' comuni, provincie ed altri corpi morali, il regio decreto richiesto dalla legge 5 giugno 1850 o il prefettizio per la nuova legge 21 luglio 1896, n. 218 e regol. del 26 del detto mese, quando si tratti di acquistare immobili per aumentare il loro patrimonio. Non però, se si tratti di costruire un'opera pubblica (3).

I privati possono figurare anche come rappresentanti dell'amministrazione pubblica per appalto o concessione. Gli appaltatori e concessionari sono allora sostituiti ne' diritti ed obblighi dell'amministrazione espropriante, non però da considerare come mandatari suoi (4).

Del pari ogni persona, e non solo privata ma pubblica e lo Stato medesimo, può essere il subbietto passivo della espropriazione (5), e non solamente pe' suoi beni patrimoniali, ma demaniali altresì, eziandio se già espropriati per causa di pubblica utilità (6), purchè una ragione prevalente di utilità pubblica militi per la loro occupazione (7). E similmente ci occorrono le debite autorizzazioni, quando però si tratti di atti volontari, come l'accettazione dell'indennità, o la concordia amichevole di essa, o la domanda di espropriazione totale per l'art. 23, ne' quali casi ci vogliono le forme richieste per le transazioni (8). Non così però per gli atti *necessari,* come per ricevere la indennità fissata dai periti nominati dal tribunale (9), nè per subire la espropriazione stessa (10).

Il simile dicasi de' minori, a' quali però è dispensata la formalità del consiglio di famiglia, bastando l'autorità del tutore e del

(1) Su queste, vedi anche la legge 14 giugno 1874, n. 1961.

(2) Legge, art. 10, 17.

(3) Legge 18 dicembre 1879. — Vedi, sulla questione, il SABBATINI, p. 202 e seg.

(4) V. art. 324, 354, 360 e 361 della legge sui lavori pubblici e la C. A. Torino 28 maggio 1866 (*Giurispr. ital.*, XVIII, II, 225) e 16 giugno 1866 (ivi, 301) 1 e 6 marzo 1875 (*Legge*, XV, I, 602).

(5) Legge, art. 58.

(6) Consiglio di Stato, affare municipio e strade ferrate per l'Esquilino, 29 gennaio 1872; presso SABBATINI, p. 83.

(7) V. Legge sulla contabilità dello Stato, art. 3 al 16 e legge comunale, art. 87, n. 4. Conf. però DEROSSI, sulla espropr. dei beni demaniali.

(8) Legge, art. 58.

(9) Legge, art. 58.

(10) Art. 57 e seg.

tribunale (1). Solo per l'esazione delle somme e pel rinvestimento debbono osservarsi le forme ordinarie, tranne che s'investano in titoli di debito pubblico (2). E trattandosi di accettazione e concordia d'indennità al tribunale del domicilio è surrogato, per ragioni di opportunità, quello del circondario ove sono situati i beni espropriandi.

Quel che si disse de' minori intendasi degl'incapaci in generale, quindi de' beni dotali, delle donne maritate, della eredità beneficiata o vacante, de' falliti, degli assenti, dei corpi morali. Per le espropriazioni de' loro beni debbono osservarsi le norme delle loro amministrazioni e quindi, per le opposizioni giudiziali alle perizie, le norme prescritte pei giudizi (3).

Nè vanno esenti gli stranieri, trattandosi di legge d'utile pubblico, ove impera lo statuto reale (4); si però, a mio giudizio, gli ambasciatori per le loro residenze, perocchè poste fuori della legge e dell'impero dello Stato, e non godenti di semplice immunità dipendente dalle persone (5).

Se più siano i proprietarii, tutti debbono intervenire negli atti (art. 16, 24, 27), ciascuno per la sua parte, ed è valido il consenso di ciascuno, indipendentemente dall'altro, tranne il caso che si tratti di effetto individuo, come sarebbe l'esercizio del diritto di cessione de' residui (art. 23) (6). Ma se, oltre il proprietario, vi siano altri aventi diritto o interessati, come enfiteuti, usufruttuarii, creditori ipotecari, o anche semplici creditori; quanto all'enfiteuta, è egli la persona legittima che la legge sceglie per legittimo contradittore dell'espropriante, e per l'esercizio di tutti i diritti accessorii, puta quello della cessione obbligatoria totale (art. 23), della rivendicazione (art. 60); quanto agli altri, essi non hanno che il diritto di fare opposizione nel loro interesse (7) alla espropriazione, alla indennità offerta, e simili, ma senza che questa possa ritardare il processo, o annullare gli atti esplicati in confronto del proprie-

(1) Ivi, Cod. civ., art. 296, 301.

(2) Legge, art. 59.

(3) Per le spese occorrenti alla loro autorizzazione; per le forme richieste ad esercitare il diritto di abbandono a norma dell'art. 41. Vedi SABBATINI, II, 172.

(4) Disp. prel. C. C., art. 7 e cod. civ., art. 3.

(5) Così il DELALLEAU, il DE BOSIO ed i più. SABBATINI, p. 85.

(6) DEL MARMOL, *Expr.*, n. 448.

(7) Legge, art. 16, 18, 24, 26, 27, 52 al 56.

tario. Il quale è poi, per ragione di sicurezza e di speditezza, determinato in quella persona che tale figura ne' pubblici registri, come nel catasto (1) e in difetto ne' ruoli dell'imposta fondiaria, salvo opposizione del *vero* proprietario, la quale però non interrompe il processo, ammenochè l'*apparente* non consenta (2). Nè quindi, se le indicazioni delle proprietà sono errate, per questo son subito nulli gli atti, tranne il caso che i diritti del *vero* proprietario siano fuor di controversia o giudicati da sentenza.

ART. 5. — *Causa dell'espropriazione.*

La causa determinante obbiettiva e giustificatrice della espropriazione è il pubblico interesse. Alla formola *necessità pubblica*, adottata nelle costituzioni francesi del 1791 e 1793, fu meglio (3) sostituita nelle posteriori leggi quella di utilità, concetto più comprensivo del fine sociale, e che mal si potrebbe discernere da quello di necessità. Ha riguardo ad ogni fine o bisogno pubblico, non solamente a quello di eseguire un'opera, benchè a questo sembri restringerlo la legge, la quale poi in risultato non ne mantiene il rigore, ammettendo espropriazione per monumenti storici e d'antichità nazionale, come la si può ammettere per uffici pubblici e cose simili (4).

La utilità può essere non solo della generalità, ma di una frazione, puta comune o circondario, o anche d'un ceto, purchè connessa coll'utile generale. E può aver rispetto non solo a fini di conservazione e di perfezionamento sociale, ma di coltura, di comodo e di abbellimento (5), come può anzi riguardare un vantaggio privato, quando è connesso col pubblico, poni un vantaggio industriale o commerciale (6). Al rovescio non basta il fatto dello Stato o del

(1) Legge, art. 16, 27, 54.

(2) Vedine le autorità nel SABBATINI, pag. 224 e note.

(3) *Contra*, ROMAGNOSI, *Op.*, v, 337.

(4) Legge, art. 83, 85. Vedi la questione presso il SABBATINI, pag. 65.

(5) *Arg.*, art. 83.

(6) DELALLEAU, *De l'expropr.*, ecc., I, 170; DALLOZ, v. *Expr.*, 49; DE BOSIO, II, 9, 79; ACCAME, *Espropr.*, 46; Cons. Stato, par. 18 ottobre 1864 e 26 aprile 1876 (*Giur. Cons. St.*, I, 654 e 1219). *Facit* l'articolo 208 della legge sui lavori pubblici e la legge sulle miniere, la legge forestale 20 giugno 1877, n. 3917, art. 12, 14 e la legge 18 dicembre 1879.

comune espropriante per costituire la pubblica utilità, se obbiettivamente la non ci sia, nè quindi il vantaggio patrimoniale dell'amministrazione sarebbe causa legittima di espropriare (1).

Ma la *causa* stando in un rapporto fra il fine e l'obbietto, si scinde in due momenti: utilità del fine, necessità del mezzo (2). Deve dunque non solo sussistere un bisogno o interesse pubblico, ma si richiede altresì che la cosa che vuolsi espropriare o l'opera a compirsi sia necessaria a soddisfarlo. E quindi è mestieri che la si presenti come *fattibile* tecnicamente ed economicamente (3), e che non si possa altrimenti procacciare, puta con contratto volontario, o con minor sacrificio, o con maggiore economia (4), e che non ve ne sia altra che meglio possa raggiunger lo scopo. Se più opere vi siano egualmente possibili, v'ha chi propone la sortizione: più opportuna parrebbe la scelta nella stessa amministrazione, dacchè l'esserci più mezzi adequati al fine non esclude in ciascuno il carattere di adequato e di necessario. Onde rettamente fu divisato potersi l'amministrazione valere di questo rimedio delle espropriazioni per condurre canali o acquedotti nonostante che allo stesso scopo le sopperisca l'art. 598 e i seguenti del codice civile (5). Ma giudice di tutto questo non può essere che l'autorità amministrativa, perocchè direttamente si attiene al fine sociale, ragione onde la legge non altrimenti definisce la utilità pubblica che per quella che tale è dichiarata dall'autorità competente (6).

### Art. 6. — *Dichiarazione della causa.*

La causa, perchè sia garantia del diritto, non deve solamente sussistere, ma essere *legalmente riconosciuta e dichiarata* (7).

---

(1) V. la relazione Pisanelli, la circolare del ministro dei lavori pubblici del 6 dicembre 1869, n. 59,941; *Arg.*, art. 9, 92 della legge; 11 della legge 2 ag. 1868: 225 e 373 della legge sui lavori pubblici.

(2) Statuto, art. 29; *Arg.*, art. 1, 60, 63; Romagnosi, *Ann. di st.*, xxxvii, p. 14.

(3) Legge forestale 20 giugno 1877, n. 3917, art. 12, 14.

(4) Conf. De Bosio, *Dell'espropriaz.*, n. 96, che ne cita le autorità delle leggi svizzere e napoletane. Vedi altri casi in Sabbatini, p. 74.

(5) Istruz. minist. alle RR. PP. del 1839; Cons. di Stato, par. 19 genn. 1877 e 22 marzo 1878 (*Giurisp. Cons. St.*, iii, 325, 473).

(6) Art. 2.

(7) C. C., art. 438.

Quindi la necessità di forme e di competenze precise a dichiarare la pubblica utilità, quindi il concetto e gli effetti giuridici di tale dichiarazione.

Le competenze stabilite da legge per gli atti di dichiarazione, anzi per tutti gli atti del processo di espropriazione, sono tutte di ordine pubblico, quindi essenziali e a pena di nullità. Non così delle forme, le quali, secondochè riguardano l'interesse pubblico o il privato, possono o no essere rinunciate ed omesse dalle parti interessate, ma non a danno de' terzi (1).

L'autorità competente a dichiarare qual sarà? Diversi i sistemi delle legislazioni e degli scrittori. V'ha il sistema della legge (p. e. nelle leggi inglesi, dell'America del nord ed altre), perchè si tratta di giudicar l'interesse della nazione, di deroga al diritto comune, di stabilire non un'imposta, ma peggio di un'imposta: dunque di un diritto maiestatico. V'ha il sistema del potere esecutivo (Romagnosi, leggi francesi imperiali del 1810, 1852), perocchè non si tratti se non di applicazione, la garantia della proprietà essendo già data dalla legge e dalle forme solenni. V'ha un sistema misto, cioè, secondo i casi, seguito dalle leggi francesi del 1833, 1841, e da altre, tra cui l'italiana vigente (2). Ma è evidente che l'accertamento di un interesse pubblico è affare d'amministrazione, e non di legislazione. La deroga al diritto comune, se è tale, la fa la legge: il potere ne verifica la condizione.

Il legislatore italiano ha seguito il sistema misto, ammettendo in principio la competenza del potere legislativo, ma poi restringendola a due casi: 1° a quelle opere dello Stato, per le quali già ci vuole un'autorizzazione del parlamento, quasi ad economia di tempo e di competenze; 2° quando si vuole il contributo degli espropriati, essendo questo un carico straordinario; concetto a nostro avviso errato, perchè è il contributo un compenso, e parziale, non un carico pubblico. Ad ogni modo è necessaria, per diritto vigente, una legge pel contributo. Potrebbe essere retroattiva? Fu obbiettato che sarebbe ingiusta, per i passaggi nel frattempo avvenuti. Ma il contributo non dovrebbe colpire che i proprietari espropriati

---

(1) De Bosio, § 49. — V. gli art. 4, 5, 16, 94 della legge; la legge 3 febbraio 1871 sul trasporto della capitale da Firenze a Roma, la legge 30 agosto 1868 sulle strade obbligatorie, art. 11.

(2) V. Relazione Pisanelli alla camera, presso il Sabbatini, p. 158.

e beneficati (1). In tutti gli altri casi è ammessa la competenza dell'autorità esecutiva, quasi per delegazione della legge (2).

Ma di quale autorità esecutiva? Re, ministro, prefetto, sindaco? È interesse generale o locale? La legge vigente ha risoluto la quistione così: mai non competente l'autorità puramente locale, il comune o il sindaco; nelle opere comunali di minor conto, o dove siano in giuoco minori interessi, come per le strade esterne, ponti, opere idrauliche, porti (3), il prefetto, sentito il consiglio superiore de' lavori pubblici e di sanità, se occorre (art. 10, 87); per le opere provinciali, il ministro de' lavori pubblici, quando i progetti d'arte siano per altre leggi (quella sui L. P., art. 26) soggette a sua approvazione; il prefetto, negli altri casi (art. 10); il re, previo parere del ministro della guerra o della marina, per opere militari (art. 11 del R. D. 23 luglio 1868, n. 4628), o del ministro dell'istruzione pubblica in caso di diritti d'autore (legge 28 giugno 1865, art. 19), o del ministro de' lavori pubblici e del consiglio di Stato per le altre opere (art. 12) (4), tra le quali vi son quelle delle strade comunali interne (5). La competenza del prefetto non è prorogabile al sottoprefetto in questo come è negli altri atti del processo (6).

*Forme della dichiarazione preliminare* sono: 1° La domanda dell'espropriante, diretta al prefetto della provincia in cui si eseguiscono i lavori (7). — 2° Il piano *di massima* dell'opera, indicante cioè il concetto generale di essa, per chiarirne lo scopo e il

---

(1) *Contra*, Cons. Stato, 20 febb. 1869 (*Gazzetta trib. Genova*, serie 3ª anno IX, pag. 121).

(2) Cit. Relazione PISANELLI.

(3) Vedi legge sui lavori pubblici, art. 91 e seg.; art. 123; art. 127, 131, 184, n. 6, 198. — V. anche l'art. 1 della legge 30 agosto 1868 sulle strade obbligatorie; cit. legge 18 dicembre 1879 per le vie vicinali; SABBATINI, 190.

(4) Salve le eccezioni stabilite nella legge 19 dicembre 1879, e dichiarate dalla discussione parlamentare e dalla giurisprudenza del consiglio di Stato (SABBATINI, 19 e seg.).

(5) Un progetto di legge, presentato alla camera il 3 dicembre 1878 e approvato da essa, le dava al prefetto. Il senato lo respinse (Sess. 1878-79, doc. 125, tornata 18 luglio 1879).

(6) Legge, art. 98.

(7) Così nel progetto ministeriale di regolamento e nel contraprogetto del consiglio di Stato.

limite, tranne se si tratti di opera dello Stato (art. 3) e di piani edilizii (art. 87 e 93). È facoltativo presentare un piano *particolareggiato*. Per la compilazione del piano di massima ci son facoltà speciali di accesso sui fondi (art. 7 e 8). — 3° Pubblicazione del piano nel comune, e inserzione nella *Gazzetta ufficiale* per le pubblicazioni amministrative (art. 4), o per gli annunzi legali secondo la legge del 30 giugno 1876. — 4° Deposito nell'ufficio comunale della domanda e dei documenti per quindici giorni dalla data delle inserzioni (art. 4), salvo, per le pubblicazioni e pel deposito, quando la dichiarazione è da farsi per legge (art. 6), e salvo quando lo espropriante è lo Stato, eccezione non giustificata, e incoerente al principio della necessità della dichiarazione, se non se pel caso di opere militari, per la necessità del segreto (art. 76) e di espropriazione di monumenti storici, per la inutilità di tali forme al caso. — 5° Approvazione del piano di massima (art. 10) (1), distinto dalla dichiarazione stessa che constata solo la ragione di pubblica utilità e la necessità del sacrificio; tale sarebbe, p. e. l'approvazione, per le opere comunali, della giunta provinciale amministrativa, secondo l'art. 166 della legge comunale, della giunta e del consiglio comunale per l'art. 13 della legge 1868 sulle strade obbligatorie ed ordinarie, le autorizzazioni richieste dalla legge di sanità per la costruzione di cimiteri, ecc.

Le forme suenumerate sono nella loro sostanza adoperate anco nelle occupazioni temporanee, e in quelle per casi di forza maggiore e di urgenza (art. 64 al 73), ma a maggior semplicità ridotte. Se l'urgenza e la necessità son tali da non consentire neppur queste, la legge tace, ma parla per essa la necessità e la *salus populi* (2).

La *forma contestuale* dell'atto di dichiarazione è un decreto. Ma nel caso dell'art. 9, per miglioramenti o complementi di opere dello Stato già esistenti, vi supplisce la stessa approvazione dei lavori (3): nel caso di espropriazioni complesse, la stessa approvazione del piano (art. 92). Il decreto deve portare un termine a incominciare e compiere il lavoro, per non tenere a lungo incerta e gravata la proprietà (art. 13), anche per le opere dello Stato (4).

---

(1) La quale formalità col primo progetto PISANELLI doveva susseguire la dichiarazione.

(2) Relazione PISANELLI, 1864. Legge 20 marzo 1865, all. *E*, art. 7.

(3) Legge 18 dicembre 1879, n. 5188.

(4) *Contra*, le RR. PP. sarde del 1839.

Il termine è prorogabile una o più volte (*Arg. proc. civ.*, art. 47), per causa indipendente dalla volontà dell'esecutore dell'opera, dalla stessa autorità dichiarante, trannechè nel caso di espropriazione per legge può prorogarsi con regio decreto (art. 14). Il decreto poi deve portare uniti la relazione e il piano di massima (art. 15), che giovano a fissarne e interpretarne la efficacia.

Tali forme hanno per iscopo di dar campo a tutti, particolarmente interessati o no, a fare le osservazioni ne' quindici giorni che sono perentori, ed aprire un contradittorio anche per illuminare l'amministrazione, sul piano di massima, cioè sul concetto generale del progetto primo, non pei particolari nè per l'interesse privato (art. 5), al che è destinata altra pubblicazione, quella dell'art. 18. Sulle opposizioni decide l'autorità stessa dichiarante, come decide sul progetto di massima.

Natura della dichiarazione è l'essere un atto d'impero, quindi revocabile dalla stessa o dalla superiore autorità amministrativa (1), ma sottratto alla giurisdizione de' tribunali, eccettochè nella legalità e nella interpretazione sua. Così si può giudizialmente discutere se vi furono compresi questi o quei beni, se si estende alle zone laterali o no (2), e giudicare sugli effetti giuridici, senza toccare il merito, nè decidere se bene o male si sia dichiarata la pubblica utilità, puta per occupazione di terreni, onde edificarvi case (3), o se fu deliberata la occupazione, anzichè la semplice imposizione di servitù (4), o a vedere se un lavoro è o no dipendente da quello approvato (5).

La dichiarazione per un'opera vale anche pe' suoi accessori, purchè

---

(1) Cioè a senso dell'art. 12, n. 4, della legge sul consiglio di Stato. Pel merito, è contraria l'autorità dell'ufficio centrale del senato: *Atti parlamentari* citati, pagina 195, e del consiglio di Stato, par. 9 marzo 1870.

(2) Par. 21 febbraio 1876, aff. municipio di Reggio Calabria, e 29 ottobre 1875, Reggio Calabria e Giuffrè, e 13 febbraio 1875, spedale di Pavia.

(3) Il cons. di Stato, parere 29 gennaio 1872; la C. A. Roma 6 settembre 1873, e la C. C. Firenze 1° giugno 1874, causa comune di Roma e Giacosa, lo fecero, ma non intaccando il merito della dichiarazione, bensì giudicando nulla la espropriazione fuori di essa. Lo stesso consiglio e la stessa corte avevan giudicato valida la dichiarazione pel medesimo oggetto nella causa del comune di Roma coi proprietari dell'Esquilino (V. *Rivista ammin.*, anno 23°, 1872, pag. 367).

(4) C. A. Torino 2 aprile 1880, spedale di Pavia (MANTELLINI, *Lo Stato*, ecc., II, 453). — Vedi queste *Istit.*, c. 7. art. 6, 7, 8.

(5) *Contra*, DELALLEAU ed altri. V. SABBATINI, 123.

si verifichino nell'ambito del piano di massima (1) e ne' termini, salva l'eccezione della legge 18 dicembre 1879, cioè de' lavori che lo Stato compie per la legge sui lavori pubblici o altre speciali, ove la nuova dichiarazione sarebbe superflua ed è supplità dall'approvazione del ministero previo avviso del consiglio superiore dei lavori pubblici e del consiglio di Stato: disposizione criticata in quanto dispensa dalla nuova constatazione, almeno a senso dell'articolo 12, e dal contradittorio che sono garantla dei privati.

L'effetto più caratteristico della dichiarazione è la facoltà di espropriare (2), e la presunzione *(juris)* che le nuove costruzioni, piantagioni, migliorie, che si facessero dipoi nel fondo, siano fatte in frode dell'espropriante per ottenere una maggiore indennità (articolo 43) e così non debbano esser più calcolate nelle indennità.

Tranne la detta facoltà, niun altro rapporto giuridico crea la dichiarazione tra espropriante ed espropriato, e niun diritto sui beni acquista l'espropriante, come niun diritto ne acquista l'espropriato contro di lui, puta per costringerlo, nolente, ad espropriarlo o ad affrettare la espropriazione o i lavori, o del ritardo ripetere compenso, rimanendo l'espropriato nel pieno e libero possesso ed uso della proprietà sua, la quale non passa nell'espropriante se non col decreto di occupazione. La facoltà di espropriare cessa e la proprietà riman libera sol trascorsi i termini e non rinnovata la dichiarazione.

### ART. 7. — *Dichiarazione complessa (piani edilizi).*

Le specie della dichiarazione di pubblica utilità son due: la dichiarazione *semplice* o *diretta* e la *complessa* o *indiretta*. Quanto dicemmo sin qui riguarda la diretta e semplice. La indiretta o complessa consiste ne' piani edilizi, i quali sono di due specie. Della prima sono i piani regolatori di allineamento, di riformazione, cioè fatti per ovviare alla viziosa disposizione degli edifici nell'abitato di città almen di diecimila abitanti, detti *plans d'allignement* in Francia, ignoti nell'editto sardo 1839, non nelle leggi speciali piemontesi (1851), nè di altri Stati italiani; della seconda quelli di ampliamento, cioè diretti a *regolare* le costruzioni nuove per estendere l'abitato (art. 86, 93).

(1) C. C. francese 25 luglio 1877, aff. Roudière.

(2) Relazione PISANELLI.

Questi piani contengono progetti complessi di espropriazioni e di lavori da farsi: quindi equivalgono a piani particolareggiati, non preceduti da piani di massima (art. 21) ed hanno gli effetti di quelli, puta di colpire i beni d'interdetto e porli quasi fuori commercio (1) e sottostanno alle forme, dalla presentazione del piano in poi, prescritte per le semplici dichiarazioni (art. 17, 18 e seg.), compresa la offerta dei prezzi (art. 16); ma la proposta, cioè il progetto non dal solo sindaco, ma dal consiglio comunale (se si tratta di comuni) dev'essere deliberata e discussa insieme alle opposizioni, salvo ricorso alla deputazione provinciale. E per dichiarazione e a un tempo per decreto di esecuzione (art. 19) vale l'approvazione sua che dev'essere fatta dal re, previo parere del consiglio di Stato e de' lavori pubblici e di sanità, se occorra, con prefisso termine non maggiore di venticinque anni (art. 87), salvo le formalità speciali pel caso di contributo.

I piani si fanno per decreto e hanno forza di legge. Le sanzioni sono: demolizioni del costruito contro le norme del piano, e la multa (art. 90).

Effetti legittimi del piano sono: la servitù *altius non tollendi*, cioè il divieto di nuove costruzioni, riedificazioni, ed anche modificazioni (art. 89), salvo di uniformarsi alle norme del piano: facoltà (art. 92), non obbligo, di espropriare, nell'amministrazione pubblica, prima che i proprietari vi pongano mano, equivalendo il piano approvato a dichiarazione di pubblica utilità: non trapasso di proprietà dall'amministrazione nell'espropriato, per i *relitti* stradali, nè viceversa dall'espropriato nell'espropriante per i fondi espropriati, se non dal giorno del deposito e del pagamento dell'indennità, e non quindi dall'approvazione de' piani o dall'incominciamento dell'edificazione (2).

Facili ed ovvie son le critiche che si fanno a' piani regolatori: l'incertezza, il danno e l'inutilità cui son condannate per venticinque anni le proprietà private e senza compenso: il dispendio a danno dell'amministrazione stessa di favorire ingorde speculazioni, facendo elevare i prezzi con annunzi preventivi di opere da farsi; i grandi

---

(1) Relazione PISANELLI alla camera.

(2) C. C. francese 19 marzo 1838; C. Parigi 31 gennaio 1839; DALLOZ, 1838, I, 30; DEVILLENEUVE, 1838, 212; DELALLEAU e JOUSSELIN, *Traité*, ecc., II, 441; Legge italiana, art. 91.

lavori doversi compiere di seguito, al momento opportuno e coi denari alla mano, non a pezzi e a intervalli, seguendo non anticipando i bisogni: il lasciarsi per molto tempo frastagliate le vie, talvolta incompiuta l'opera con sacrifizio irreparato della fortuna pubblica e della privata: alla salubrità delle abitazioni civili *compiute* doversi riparare colle espropriazioni e co' regolamenti, a quella dell'*avvenire* co' regolamenti e colla *moderazione* dell'autorità edilizia. Censure, in massima parte, meritatissime: condannare i privati a servitù non compensate, senza nemmeno la certezza della effettiva espropriazione e anche al rischio che il fondo lasciato per il piano regolatore non sia poi occupato, e l'opera sia abbandonata.

### ART. 8. — *Cose, oggetti della espropriazione.*

Possono essere obbietto d'espropriazione le cose immobili e non solo quelle per natura tali (art. 408 del cod. civ.) ma per intendimento di legge (art. 409, 410, 411 del cod. civ.), finchè sono annesse, e quindi saranno queste cose incluse nella espropriazione dell'immobile, cui accedono, salvo il proprietario volesse separarle, nè ciò nuocesse all'opera. Sono eccettuati gl'immobili per destinazione del proprietario, come gli animali e strumenti rurali (articolo 413 C. C.), i quali sono esenti dall'espropriazione che colpisce l'immobile, perchè la loro immobilità è tutta volontaria e accidentale, e cessa colla destinazione, salvo compenso pel danno del loro distacco (1). Il che alcuni autori estendono anche al caso degl'infissi, quando siano di molto pregio (2) e de' quali infissi è sempre salvo al proprietario il domandare la separazione quando non nuocia all'opera.

Possono poi espropriarsi i diritti *relativi* ad'immobili (art. 1) e non solo quindi i diritti reali, considerati da leggi immobili per l'obbietto (art. 415), ma i personali altresì, puta l'affitto (3) quando la cosa già appartenga all'espropriante, dacchè, se appartiene ad un altro, que' diritti si debbono risolvere con quello di proprietà per

---

(1) Così il GAUD, *Traité générale de l'expropr.*, 143; DELALLEAU, loc. cit., 268; DUFOUR, *De l'expr.*, 10 e *Traité génér. de dr. adm.*, v, 318, 319; DE BOSIO, II, 73, ecc., e generalmente. *Contra*, l'ACCAME e l'HERSON.

(2) DEL MARMOL, *Exprop.*, 79.

(3) Relaz. PISANELLI; Legge elvetica federale 10 maggio 1850.

la forza della legge (art. 27 e 52), nè possono espropriarsi separatamente (1).

Si può la cosa immobile espropriare in tutto o in parte, puta il sottosuolo indipendentemente dal suolo, se la proprietà ne sia diversa (2), ma non le opere sul suolo, se già questo non fosse del proprietario, nel qual caso provvedono gli art. 449, 450, 451 cod. civ. Si può espropriare il solo uso, senza che l'espropriante abbia o voglia acquistare la proprietà, poni se lo Stato abbia bisogno di stabilire soltanto una servitù in modo principale (giacchè in via secondaria e conseguenziale lo può per l'art. 46), ovvero di prendere a fitto? L'articolo 438 del codice accenna all'affermativa, ma la legge la respinge, tranne il caso di occupazioni temporanee di fondi non chiusi ne' casi di forza maggiore e di urgenza (art. 71 e seguenti).

Delle cose immobili possono espropriarsi anche le demaniali (3), giacchè la loro inalienabilità cessa colla destinazione e la destinazione cessa col decreto dell'autorità competente, che dichiara la pubblica prevalente utilità dell'opera cui serve la cosa immobile.

Nol possono essere le cose mobili, sia tali per natura, sia tali considerate da legge per l'obbietto cui si riferiscono (art. 417 e seguenti cod. civ.); per la facilità di poter essere facilmente acquistate (4), salvo, in certi casi, i materiali da costruzioni (art. 64 e 71) e i diritti d'autore (L. 19 settembre 1882, art. 116). E nemmeno oggetti mobili artistici o storici (art. 83) e privilegi o privative artistiche o industriali (5), per la formola restrittiva della nostra legge, con essere però, a nostro avviso, possibile un provvedimento speciale, non ripugnando il sistema di legislazione, e favorendovi l'art. 438 del codice civile e l'art. 29 dello statuto.

*Zone laterali.* — Una singolarità in fatto di obbietti d'espropriazioni è quella delle *zone laterali.*

Possono espropriarsi non solo le cose strettamente necessarie all'esecuzione dell'opera di pubblica utilità, ma le accessorie e com-

---

(1) Così, stando alla relazione PISANELLI; ma l'art. 1 della legge non distingue.

(2) V. SABBATINI, p. 62, 83.

(3) Art. 1, 57, 58, 59 della legge; 126, 227, 228 legge sui L. P.; DALLOZ, loc. cit., 44 e DE BOSIO, 74; vedi capo I; *Contra, Communiter.* Vedi GIRIODI e DEROSSI, mon. cit.

(4) Relazione PISANELLI, che cita l'autorità delle leggi francese e belga.

(5) *Contra,* il DE BOSIO, II, 51.

plementari, e precisamente le zone di terre laterali ad una via che si debba costruire per dare aria, luce, salubrità e decoro all'abitato, scopo cui non provvederebbe la sola strada se non vi si aggiungessero edifici ariosi e decenti. Combattuta è da molti tale facoltà, come pericolosa troppo e ostile alla proprietà, come seduzione a fare dell'opera pubblica una speculazione a profitto dell'amministrazione, lucrando la plusvalenza de' fondi nelle rivendite, e togliendo alla proprietà immobiliare il suo vero e morale concetto per ridurla in un puro valore di cambio (1). Quistione che si risolve nell'apprezzamento della necessità o utilità pubblica.

Si può adottare ne' piani di ampliamento per costruire edifizi, quando i privati si offrano a farlo essi? Anche codesta quistione si riduce all'estimazione di circostanze pratiche, di sicurezza o probabilità de' mezzi da ottenere l'intento, ma non è quistione giuridica nè giudiziaria (2). Nè osta che la natura del piano d'ampliamento sia solo di dar norma alla edificazione privata, perocchè questo non toglie che si possa per via diretta dichiarare la pubblica utilità della espropriazione di certe zone per costruzione di edifici.

*Frazioni, o residui.* — La espropriazione di zone o fondi *accessori* può divenire obbligatoria anche per l'espropriante se lo espropriato il richieda, e dimostri che essi rimangono, per la espropriazione del fondo principale, inservibili almen senza grave spesa (art. 23). Codesta facoltà era ammessa dalle precedenti legislazioni, le quali però ne fissavano l'esercizio a certe condizioni di qualità e quantità; condizioni che la legge nostra avvisatamente tolse, riserbandole al giudizio dell'autorità, la quale non può essere che la giudiziaria, trattandosi di puro interesse privato. Onde non sarà escluso il considerare come residui anche fondi distinti ma congiunti a quello espropriato. Si richiede però che il danno derivi sempre direttamente dall'opera pubblica e non da altre cause estranee.

---

(1) Discorso Zini al senato; Relaz. Pisanelli.

(2) Parere consiglio di Stato 20 gennaio 1872 (*Legge*, xii, 11, 94; *Riv. ammin.*, xxiii, 367) aff. comune di Roma per l'Esquilino; vedi pure C. A. di Roma 6 ottobre 1872, causa comune Roma e Giacosa (*Annali*, viii, 2, 7); C. C. Firenze 1° giugno 1874 (*Legge*, xiv, 2, 656 e 1, 129; *Riv. ammin.*, xxv, 434; *Annali*, viii, 1, 210); C. C. Torino 11 giugno 1873 (*Giur. ital.*, xxv, i, 469); Consiglio di Stato 31 ottobre 1877 (*Legge*, 1878, 2, 268 e *Giur. Cons. St.*, iii, 61).

La cession de' residui è un'alienazione nuova che si perfeziona coll'accettazione definitiva per parte dell'espropriante, o colla sentenza; quindi è revocabile prima che l'una o l'altra avvenga (*Arg.*, art. 1454 cod. civ. e 62 della legge) (1).

Il diritto è esperibile nelle forme e ne' termini di analogia dell'art. 18; cioè nella forma di un'opposizione alla designazione dei beni, ossia al piano particolare, e si applica a' piani regolatori, come alle espropriazioni semplici.

### Art. 9. — *Prezzo o indennità.*

Il secondo elemento *obbiettivo* del contratto di espropriazione è il prezzo o l'indennità. I due termini consuonano, perchè, in caso di vendita, il prezzo include il concetto di ogni indennità, quindi non è antinomia ma determinazione dell'art. 29 dello statuto e dell'art. 433 del codice civile la frase di *giusto prezzo* usata dalla legge (art. 39 e 40) e il concetto del legislatore del riequilibrio del patrimonio (2).

Il prezzo dev'essere in danaro: non compensabile quindi co' materiali, co' frutti, co' soprassuoli (3), salvochè l'espropriante può fare da sè i lavori di trasporto delle servitù (art. 45; art. 645 C. C.), e può e anzi deve fare le riparazioni in natura ne' casi degli articoli 34, 35, 36 e 229 della legge sui lavori pubblici. Dev'essere poi il prezzo certo e determinato in blocco o a misura, per ciascun fondo, e non solamente per ogni proprietario com'era per l'art. 39 della legge francese 1841 (4).

Il giusto prezzo esclude ogni idea di *soprapprezzo* (5) e il prezzo d'*affezione* (6), che pur talvolta, come si accennò, fu ammessa, onde

---

(1) V. Delalleau, *Traité de l'expropr.*, i, 848; De Peyronny e Delamarre, *Comment. théor. et prat. des lois d'exprop.*, n. 637 Bordeaux 13 dicembre 1858 (*Journal du palais*, 1860, 1, 78).

(2) Vedi relazione Pisanelli.

(3) Vedi Sabbatini, pag. 285, note 2 a 9.

(4) Del Marmol, loc. cit., 366; Dalloz, loc. cit., 637.

(5) Quella dell'art. 603, in tema di acquedotti privati, rimane una singolare eccezione. C. A. Roma 24 novembre 1881, Tanlongo e Acqua Marcia (*Fôro ital.*, 1882, i, 205). — Vedi opinioni nel Sabbatini, *Comm.*, 360.

(6) Intendi quella singolare, non la comune (Voet, *In pandect.*, lib. 45, tit. i, n. 9).

il ritorno a' principii regolatori del prezzo venale (1), « *Res tanti valent quanti emi vendique solent. Pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur* » (2), cui può influire il *costo,* ma non lo costituisce « *non quanto emptæ sint, sed quanto venire possunt* » (3). Nè può influire il lucro « *detrimenti non lucri fit præstatio* »: s'intende l'ipotetico, non il certo (4).

Ma con quali criterii si deve determinare il prezzo venale? Il legislatore, evitando le determinazioni de' criterii speciali fissati *a priori* da altre leggi, come di considerare i prezzi di cose simili, i fitti, i frutti e altre tali, non dettò altro criterio che quello conforme alla natura dell'istituto, cioè della ipotesi di una libera contrattazione di compra e vendita, rimettendo, de' criterii subalterni, la scelta ai periti, salvo la decisione del giudice. Codesta enunciazione della legge, se voglia prendersi per un criterio generale, non va immune da censura, perchè è indeterminata e ipotetica, anzi fondata sopra un'ipotesi in contraddizione colla realtà, cioè di vendita *libera* consensuale, e di un venditore e compratore volontariamente contraenti, ipotesi non vera ed impotente, perchè non lascia nemmeno immaginare fondatamente quel prezzo che solo poteva risultare da libero dibattimento e dal giusto mezzo tra opposte pretensioni. Per avere quel criterio un senso e un'efficacia, conviene porre che la vendita si dibatta tra liberi ma ragionevoli contraenti, in condizioni normali; ma la ragionevolezza dei contraenti e la normalità delle condizioni sono un criterio indefinito e arbitrario. Ondechè il criterio della legge o si risolve in una divinazione di periti, o dev'essere riferito al prezzo venale e corrente di fondi simili e similmente posti. Ed è così che la giurisprudenza è venuta fissando certi criterii subalterni, quasi naturali determinazioni del criterio generale della legge, quali sono appunto i summentovati di prezzo fatto in luoghi, tempo e circostanze simili, o, in mancanza di questi, della media dei frutti.

Ed altri criteri dettò la pratica forense per la stima del valore:

---

(1) L. 63, ff. *Ad leg. falc.*

(2) L. 4, 62, 63, ff. *Ad leg. falc.;* L. 3, § 5, ff. *De jur. fisci;* DONELL, in L. 2, C. *De resc. vend.*

(3) L. 1, 3, § 4, *Ad leg. rhod.*

(4) Art. 1227, 1231 C. C.

non doversi calcolare come criterio o elemento di prezzo i danni *indiretti*, e de' quàli la espropriazione non sia causa diretta ma causa di causa od occasione (1), nè i danni così detti transitori (2), non i soprassuoli e manufatti, come valori distinti, ma solo come accessorii del fondo, e nemmeno come tali, ma solo come materia eterogenea, quando il suolo è stimato come fabbricativo: non calcolabili i vantaggi ipotetici, dipendenti da trasformazioni del fondo o da estranee eventuali circostanze, puta di futura fabbricabilità, di cave o miniere da attuarsi, salvo solo di valutare la *intrinseca* ed attuale *potenza* di tali destinazioni (*Arg.*, art. 42, 43) (3).

Importantissimo in materia di giustizia del prezzo è il *momento giuridico* in cui dev'essere riguardato il valore della cosa. E indubitatamente non può essere che quello del consenso prestato: « *In stipulationibus id tempus spectandum quo contrahimus* ». « *Ex præsenti æstimatione, secundum rei veritatem æstimanda, hoc est secundum præsens pretium* » (4) e presente s'intende pel luogo e pel tempo. Ma in mancanza del consenso vero, in qual momento si deve ritenere come prestato? Le opinioni si dividono tra i varii momenti possibili del processo espropriativo, cioè: dichiarazione, offerta del prezzo, perizia, decreto di espropriazione. Le più comuni e verosimili sono la seconda e l'ultima; questa suffragata dagli articoli 48 e 52, e dalla apparente analogia dell'art. 1448 del codice civile: quella, la prevalente, per la ragione che tutti gli atti posteriori alla *offerta* non sono ordinati dalla legge se non per surrogare l'accettazione del prezzo mancata e si riportano all'offerta. Certo questa opinione è migliore dell'altra, cioè del decreto espropriativo (5). Ma a noi sembra chiaro che l'art. 39 colla frase *a giudizio de' periti* ordinando a questi la stima non in un momento prima o dopo, ma nel momento stesso in cui stimano, decida la quistione sul momento della perizia, che è poi appunto il vero *surrogato* dell'accettazione per quanto soggetto ad opposizione nel suo merito estimativo (6).

---

(1) L. 19, ff. *De per. et comm.*; L. 21, § 3, ff. *De act. empt. et vend.*, art. 1129 C. C.

(2) Vedi il capo I, art. 4 di questo titolo.

(3) Vedi i molti casi nel MANTELLINI, op. cit., p. 469, e nel SABBATINI, p. 266 al 383.

(4) Testi citati e L. 44, ff. *De R. I.*

(5) C. C. Roma, comune di Roma e Tanlongo, 13 novembre 1888.

(6) C. C. Roma, comune di Roma e Comp. fond. ital., 25 aprile 1889.

Dal principio del prezzo *presente* deriva non essere valutabile l'aumento o la diminuzione di prezzo, nè il diverso stato o condizione del fondo *prima* o dopo il decreto (1), nè calcolabili gli oggetti posteriormente scoperti (2): non quello che sarebbe derivato alla cosa o alla sua parte espropriata dalla esecuzione dell'opera se non fosse stata espropriata, perocchè questo aumento, oltre a essere ipotetico, è posteriore al contratto (3) (art. 42). Deriva ancora che la offerta stessa è, fino a quel momento, revocabile e non vincola l'espropriante (4).

La indennità dev'essere antecedente alla esecuzione dell'opera. Dev'essere anche indipendente? Deve calcolarsi il maggior valore derivante dalla dichiarazione, dall'annuncio e previsione dell'opera stessa? È la parte più delicata della quistione, nè si risolve solo col momento giuridico, ma colle norme di giustizia equitativa: niuno dover soddisfare ad altri il valore che esso crea col suo sacrificio, e niun intendersi togliere ad altri quello che a lui stesso appartiene (5). Questo valore è un beneficio, che diventa un diritto dell'espropriato rapporto ai terzi (6), ma non di fronte a chi lo produce, e lo produce pel fine stesso pel quale deve ritoglierlo. Diversamente va la cosa, se il valore derivi da cause naturali, indipendenti dall'opera pubblica, da ordinaria progressione di prezzi, anche posteriore alla dichiarazione, purchè anteriore alla espropriazione, nè

---

(1) Art. 39, 42, 48, 50: C. A. Roma, 7 maggio 1875, e C. C. Roma 1° aprile 1876, Colonna e comune di Roma: DELALLEAU, 316; DALLOZ, 573; DUFOUR, 120; DE PEYRONNY e DELAMARRE, 502; DEL MARMOL, 71, 393; ACCAME, 116; DE BOSIO, 180; PACIFICI, *Servitù prediali*, 416.

(2) Esempio la celebre causa Ripalda per la Farnesina (MANTELLINI, *Lo Stato*, ecc., II, 466).

(3) Relazione PISANELLI (presso SABBATINI, pag. 413).

(4) *Contra*, l'art. 39 della legge fr. 1841.

(5) *Arg.*, art. 39, 40, 41, 42, 43; Relaz. PISANELLI. Tribunale civ. Roma, sentenze del giugno 1885, causa comune di Roma, Centurini, Trocchi, Comp. fondiaria; C. A. Genova 14 maggio 1868, municipio di Genova e Penco (*Gazz. trib. Genova*, XXI, 1, 53); C. C. Torino 8 aprile 1870, stesse parti (ivi, XXII, 2, 216) e 27 maggio 1879, Catella e Banca di costr. (*Giur.*, Torino, 1879, 490). — *Contra*, C. C. Roma 1° aprile 1876, ove generalmente si disse dovuto aumento per qualunque causa, ma il punto specifico non fu discusso. V. il SABBATINI, 414, 415 e gli autori e la *Giurispr. ital.* a pag. 415, note 1 e 2 e il MANTELLINI, *Lo Stato*, II, colle autorità citate a pag. 463, pro e contra, tra cui la causa Ripalda per la Farnesina.

(6) È anzi una facoltà che non divien diritto se non quando gli venga consentita.

prodotto in frode da atti dello stesso espropriato (art. 43). Quistione nasce quando si tratti di modificazioni o aggiunte al lavoro e di nuova espropriazione dopo l'opera o la espropriazione compiuta. Dove è da distinguere, crediamo, tra opera ed espropriazione affatto nuova, che si fa compiuta al tutto la prima, e quella formante continuazione e unità, quale, p. e., quella dipendente da uno stesso piano regolatore. Nel primo caso sarà dovuto l'aumento, non nel secondo (1).

*Espropriazione parziale.* — Il criterio delle indennità come alla espropriazione totale (art. 39) si applica ancora identicamente all'espropriazione *parziale* (art. 40), essendochè la parte espropriata vale non solo per quanto è in sè, ma per quanto di danno porta e di detrimento reca alla parte *rimasta,* e questo danno, che è detto *valor relativo* della parte rimasta, è messo a carico dell'espropriante, quando gli si fa pagar la differenza fra il valor totale e il valore della parte avanzata alla espropriazione (art. 40).

Qui ricorrono gli stessi criterii di apprezzamento del valore e de' danni che sono, a così dire, la parte negativa di esso: doversi stimare nella parte residua le servitù attive perdute, le nuove imposte o le antiche aggravate (2): doversi tener conto del riordinamento e della destinazione anche nuova possibile di esso residuo (3) e stimare soltanto i danni diretti e speciali (dicasi meglio *certi e giusti)* non gli eventuali e incerti, p. e. le servitù contingibili e legali, e i danni di guerra (4); doversi l'indennità, anche parziale, in danaro e non potersi quindi costringere l'espropriante a fare le riparazioni in natura sopra la parte rimasta, come non poter l'espropriante medesimo eseguirle, senza il consenso dell'altro (5): doversi

---

(1) V. SABBATINI, loc. cit.

(2) Cons. d'État, 22 dicembre 1876, aff. Maison Lafitte.

(3) C. C. Firenze 18 luglio 1872, causa Ricasoli.

(4) *Arg.*, art. 41; C. A. Roma 30 settembre 1885, causa Tanlongo e ministero della guerra; id. comune di Roma e Feltrinelli, Guerrini ecc.; ragion. principale, che tali danni non si compensano ai non espropriati; *Contra,* C. A. Roma 31 dicembre 1879 e C. C. Roma 2 dicembre 1880, causa Manzi; C. A. Roma 23 aprile 1880, causa Della Valle; MANTELLINI, loc. cit., pag. 468 e 134, 135; C. C. fr. 28 juillet 1879, Gallonier; Cons. d'État, 2 mai 1879, Merle; DEL MARMOL, loc. cit., 397.

(5) DE BOSIO, II, 192; *Contra,* l'ACCAME.

compensare nel valore gli accessi impediti, le comunicazioni interrotte, le spese per mutamento necessario di cultura o di destinazione, per trasporto o mantenimento di servitù, per riaccordi delle parti; per difetto d'aria o di luce: le perdite di fitto, durante i lavori di riordinamento: non però le spese o i danni, i quali, benchè occasionati, non sono però dipendenti dal fatto della espropriazione, ma soltanto derivanti dalla destinazione nuova, puta le spese che importeranno le nuove esigenze edilizie, o i danni o il rischio che potrà arrecare la vicinanza della nuova opera stessa che va a costruirsi, ad esempio, un cimitero, una fortezza: danno non speciale, ma comune ai non espropriati: e nemmeno la servitù, veniente da legge speciale, tranne sia da questa medesima diversamente stabilito (1).

*Detrazioni, contributo.* — Dal concetto dell'indennità sorge ancora doverlasi diminuire sì de' pesi che gravano il fondo e sì dei vantaggi prodotti dall'opera pubblica (2), quelli deprimendo il prezzo, questi compensandolo e però riducendo il danno e la indennità. Si debbono quindi dedurre, quanto al valore, le servitù passive, siano pure di utilità pubblica (art. 534) e provenienti da leggi speciali (3), le imposte (4), ed altri pesi che sogliono attenuare i valori delle cose nelle comuni contrattazioni.

Il vantaggio per essere detratto vuol esser *speciale,* cioè non comune a tutti i cittadini e non connaturale all'essenza e allo scopo dell'opera, e *immediato,* cioè derivante direttamente dall'opera, poichè reciproca e corrispettiva è la ragion de' danni e de' vantaggi (*Arg.*, art. 1229, C. C.). Ma non è mestieri che il vantaggio sia proprio solo dell'espropriato e non comune agli altri espropriati,

---

(1) *Contra,* la corte di Roma 31 dicembre 1879 (*Fôro it.*, IX, 1880, I, 321); C. C. Roma 2 dicembre 1880, nelle citate due cause Manzi e Della Valle, riportate dal SABBATINI, 366, 436 al 438. Quistione assai grave e dubbia per la inscindibilità (come la dice il PISANELLI) dell'espropriazione dalla esecuzione dell'opera, come nei danni. Vedi pure C. C. Firenze 10 febbraio 1879, società veneta e Pappafava (*Fôro it.*, I, 284); e, nel senso opposto, DEL MARMOL, II, 463. Vedi pure la nota a pag. 571.

(2) Leggi estensi, toscane ed altre, statuto italiano. Art. 41 legge.

(3) *Contra*, DEL MARMOL, loc. cit., 414.

(4) C. A. Roma 9 giugno 1880, Ripalda e ministero lav. pubbl. (SABBATINI, 375, nota 3).

come lo prova l'obbligo del contributo (art. 77, 78 e 79) (1). Il compenso poi de' vantaggi deve farsi colla intera indennità, non col solo danno relativo, chè altrimenti potrebbe rimanerne un lucro indebito all'espropriato (2). Però l'indennità non può esserne assorbita e gliene deve restare almeno la metà. Ed anche così ridotto il vantaggio, può l'espropriato esimersi dal soddisfarlo, mediante il diritto *di abbandono*, limitato al modo seguente. Se il vantaggio supera il quarto della indennità dovuta per l'art. 40, può l'espropriato abbandonare il fondo, quando però la parte espropriata sia anch'essa di una rilevanza da toccare il limite del quarto. Ma se l'espropriante si sentisse, a sua volta, per questo abbandono troppo gravato, se ne può liberare pagando un tanto di più dell'indennità dovuta per l'art. 40, cioè tre quarti almeno della indennità totale senza detrazione del vantaggio (art. 41).

Il contributo stesso, ammesso già nella legge francese del 16 settembre 1807, non è se non una compensazione di vantaggi, benchè non si faccia sempre nella stessa stima, ma separatamente con legge e regolamento posteriore, essendo obbligo non solo degli espropriati, ma de' non espropriati, i cui fondi risentono vantaggio dall'opera. Ma siccome è della stessa ragione, non si paga quando e per quella parte che già fossesi compensata nel prezzo (art. 79). Sol che la legge, *milius agendo,* pone limiti a codesto contributo, e cioè: 1° che non superi la metà, come nell'art. 41, del maggior valore, quando dalla legge stessa speciale non sia fissata altra quota; 2° che sia pagabile a decimi annui, con garantla ipotecaria legale (articoli 78 e 81); 3° che l'espropriato possa evitarlo coll'abbandono del fondo a termini dell'art. 39 (art. 80): diritto neppur vincolato a condizioni come quello simile che compete nel caso della detrazione di vantaggi (art. 41).

La stima del valore pel contributo va fatta ad opera eseguita (art. 77) e non quindi al momento stesso della dichiarazione, nè a quello della liquidazione.

L'istituzione del contributo va soggetta a molte obbiezioni in principio generale, e in applicazione. Si dice che l'opera pubblica

(1) C. C. fr. 26 maggio 1840 (SIREY, 1849, I, 712); C. A. Genova 15 febb. 1864, Talacchini e Laschi (*Bettini,* XVI, 2, 143); C. A. Palermo 18 febb. 1881, Viettone e Bondi (*Annali,* 1881, 2, 93 e SABBATINI, p. 405), notevole; C. A. Firenze 4 agosto 1871, comune di Firenze e Ricasoli (*Annali,* V, 2, 525).

(2) Relaz. PISANELLI alla camera; leggi e giurispr. francese.

deve andare a beneficio generale, e pagarsi da tutti indistintamente: che non si compensa il beneficio non voluto o non richiesto, e che un tal compenso potrebbe tornare a danno. Al che fu risposto (1) che non si contribuisce pel vantaggio della universalità, ma di certe proprietà in particolare: che, senza codesto contributo, le più e migliori opere pubbliche rimarrebbero ineffettuabili per la resistenza de' proprietari a ragionevoli accordi: che la legge può supplire al consenso per obbiettive ragioni d'equità, come avviene ne' consorzi anche per la sola utilità di *terzi* privati, e il principio giuridico del contributo essere appunto il medesimo di quel de' consorzi.

Ne' particolari d'applicazione si obbietta che il contributo o si deve pagar da tutti, espropriati e non espropriati, ed egualmente, e per tutto il maggior valore derivante dalla specifica opera pubblica e senza la sottile e intricata distinzione del vantaggio generale e speciale (escluso sol quello che viene a tutti i cittadini dal miglioramento generale della città) e non invece in misura e modi parziali e arbitrariamente determinati e differenti secondo che si tratti degli espropriati che lo pagano *tutto* e sempre (salvo l'abbuono della metà, articoli 41, 77 e seg.) o dei non espropriati che non lo pagano che in parte o metà ordinariamente (art. 77) e intero sol quando l'espropriante lo domandi per legge speciale (2). *Tutto* il vantaggio dovrebbe essere pagato, perchè i comuni non si impoveriscano per migliorare le città onde arricchire indebitamente i possessori o piuttosto gli speculatori.

*Danni.* — Colla prestazione del prezzo è esaurito l'obbligo della indennità. Ed è da ripudiarsi in tutto la teoria di chi al prezzo vuole aggiunto un secondo capo di danni derivanti dalla espropriazione alla persona dell'espropriato, pur confessando che de' danni inerenti alla cosa non si concepisce compenso fuori del prezzo. La teoria è ripudiata dagli articoli 39 e 40, assoluti, e dal concetto della compra-vendita e dell'articolo stesso 46 che unico parla di danni, ma di quelli recati ai non espropriati, di che tutti convengono. Nè sono voluti dalle generalità enunciate negli articoli 29 dello statuto e 438 del codice, come già si avvertì, nè intesi dal

(1) Relaz. PISANELLI 18 aprile 1864.

(2) Vedi per ciò la giudiziosa monografia di Felice Francolini, *Espropriazioni motiv. da lavori di pubbl. utilità*, Firenze, Cellini, 1874, n. VIII.

relatore Pisanelli, il quale anzi disse l'art. 39 unico criterio d'indennità (1). Si prova poi *a posteriori* che tali danni o sono già inclusi nel concetto del prezzo, o ripudiati dagli stessi principii di diritto.

E infatti non v'ha ragione giuridica a compensare: 1° la perdita di frutto che può avverarsi per l'annunzio della espropriazione, essendo danno affatto incerto ed eventuale, non dipendente da alcun fatto dell'espropriante che offenda o tocchi la proprietà, che tutta ancora rimane in piena balla dell'espropriando: e infatti la commissione parlamentare, che stimò necessario esprimere le spese di trasloco in un articolo del progetto (il 44*bis*), se lo vide soppresso dalla giunta; 2° la spesa di data licenza, o di riscossione d'indennità e 3°, peggio ancora, di reimpiego del capitale: cose che se fossero giuste, potrebbero pretendersi da ogni compratore; 4° il lucro cessante della industria, puta per la perduta clientela ed altre comodità del luogo (2); 5° le spese di trasloco e di adattamento della nuova industria, che rientrano nel prezzo, come spese che graverebbero il valore puramente intrinseco del prezzo che si domanda in una libera vendita.

Nè osta l'art. 46, elemento estraneo (a confessione degli stessi sostenitori de' danni personali) (3) al processo di espropriazione, e riguardante non già gli espropriati cui si provvede coll'unico criterio degli art. 39 e 40, ma i non espropriati, *che dall'esecuzione dell'opera di pubblica utilità, cioè in occasione della espropriazione, o vengano gravati di servitù o vengano a soffrire un danno permanente derivante dalla perdita o dalla diminuzione di un diritto.* Non è una regola eccezionale, è un'applicazione del principio generale e dell'art. 1151 c.c., posta dal legislatore nella legge per due motivi, a nostro credere: 1° che l'espropriante non la credesse nelle occupazioni per utilità pubblica dispensata; 2° che dagli espropriati non si ritenesse per lo stesso motivo da doversi esagerare, pretendendosi d'ordinario per danno giuridico quel che non

(1) Relazione PISANELLI alla camera, presso SABBATINI, pag. 385; C. C. Roma, citata causa Manzi.

(2) DALLOZ, 370; ACCAME, 117; DE GIOVANNIS, corso II, 1035 e seg. *Contra*, il trib. civ. di Roma 17 marzo 1885, cause comune di Roma contro Feltrinelli e Garroni. *Pro*, altri, di cui vedi le citazioni nel SABBATINI, 886, 888, 889 e note e la C. A. citata causa Feltrinelli ed altri, 5 novembre 1885.

(3) Vedi SABBATINI all'art. 46.

era se non privazione di un comodo, e una *passeggiera* molestia. La parola però di *danno permanente* fu impropria, avvegnachè non si può intendere per *irreparabile*. Ogni danno cessa colla riparazione, e quindi nessun danno sarebbe permanente e risarcibile. Ma ogni danno è risarcibile, per poco o no che duri, sol che sia danno *ingiusto*. Per *danno permanente* si volle escludere il danno dei privati che accompagna i pubblici lavori, e che risulta dalla stessa esecuzione e che non è danno, ma incomodo, non è ingiusto, ma giusto, perchè derivante dall'uso legittimo e necessario del diritto altrui, anzi del diritto sociale; esempio, le interrotte comunicazioni alle case o alle botteghe (1).

Il danno dunque risarcibile per l'art. 46 è quel medesimo che sarebbe risarcibile tra privati, date le condizioni giuridiche di diritto leso e di fatto ingiustamente lesivo: nè, quando fosse disposizione eccezionale, potrebbe l'art. 46 trarsi fuori del caso e della legge di espropriazione in cui è posto. Una diversa interpretazione sarebbe un'ingiustizia e una parzialità odiosa alla causa pubblica (2). Riprovevole quindi è il sistema invalso nella giurisprudenza di sciogliere coll'articolo 46 tutte le quistioni dubbie di risarcimento di danni, ove il danneggiante sia per caso l'amministrazione (3). Ricorrono invece nell'applicazione di quest'articolo tutte le condizioni e limitazioni ordinarie della teoria de' danni, in parte suaccennate.

Sarebbero pertanto danni risarcibili: 1° quello di servitù imposta o aggravata per effetto dell'opera nuova, purchè conseguenza immediata e diretta del fatto della espropriazione e della esecuzione dell'opera stessa, e non invece di leggi speciali di ordine pubblico, p. e. della legge sulla sanità, sulle opere pubbliche, sulle cose militari, eccetto che da queste leggi non sia la indennità espressamente riservata; 2° le inondazioni, le corrosioni di terre, i ristagni causati da' lavori, puta ferroviari.

Non sarebbe al contrario danno emendabile dall'espropriante: 1° quello prodotto dalla vicinanza dell'opera pericolosa, ad esempio

---

(1) Vedi capo I di questo titolo, art. 4; DUFOUR, 264; C. C. fr. 12 giugno 1833 (*Journ. du Palais*, 1833, 561). *Contra*, GABBA (*Annali*, 1871, III, 15).

(2) Egregiamente il SABBATINI, 431, che cita l'autorità del LE COMTE, *Propr.*, 29.

(3) Vedi tale giurisprudenza e la sua critica nel capo III, nelle monografie, *Sui riaccordi*, presso la *Riv. amm.*, 1884, fasc. febb.-marzo; nella monografia del SILIOTTI, legge 1885, vol. II, pag. 25 e il SABBATINI al *Comm.* di quest'articolo.

un magazzino di polveri (1); 2° quello causato da una modificazione di livello stradale per nuove pendenze o marciapiedi, tranne che investano la stabilità o la potenza di uso (2).

Il danno, quando è risarcibile, si deve compensare indubbiamente col vantaggio, non intendendosi danno se non la pura perdita (3). Insomma, trattasi in tutto ciò di una quistione di diritto comune, e quindi anche la procedura per esercitare il diritto è quella del codice.

### ART. 10. — *Determinazione della cosa.*

L'oggetto del contratto, cosa e prezzo, non venendo determinato dal consenso delle parti, ma supplito dalla legge, non può esserlo che con una procedura che ne sia prova e garantia della certezza e della giustizia: quindi risulta lo stadio del processo espropriativo che la legge chiama *designazione de' beni*, e *determinazione della indennità*, stadio in cui incominciano a farsi più stretti i rapporti giuridici tra espropriante ed espropriato, e che riveste forme contradittorie, amichevoli o contenziose, in via amministrativa o giudiziaria, secondo la competenza.

I processi delle due determinazioni, della cosa e del prezzo procedono, quanto agli atti, talvolta confusi, sempre paralleli, raramente separati.

Le forme per l'accertamento della cosa sono le seguenti (4):

1° Compilazione del piano particolareggiato, contenente cioè, sulla base del piano di massima, i particolari e dell'opera e dei fondi da espropriarsi, come situazione, confini, natura e qualità;

2° Approvazione del piano medesimo per l'autorità competente secondo le leggi organiche e disciplinari dell'ente espropriante, come quella sui lavori pubblici, la comunale e provinciale (5), ecc.;

---

(1) C. A. Bologna, causa Lugli, 17 luglio 1877, notevole: leggila in SABBATINI, 432.

(2) Vedi il SABBATINI, 433 e il capo I delle *Istit.*, e le cit. monogr. dell'autore *Sui riaccordi*.

(3) C. C. Torino 8 marzo 1882 (*Legge*, 662).

(4) Legge 1865, tit. 1, capo III, art. 16 e seg. V. SABBATINI per le particolari questioni di forma, *Comm.* ai detti articoli.

(5) Nel progetto PISANELLI era sempre il prefetto. Pel consiglio di Stato (*Par.*, 28 giugno 1868) l'autorità stessa dichiarante la utilità pubblica, pel ministero dei lavori pubblici quella designata dalle leggi speciali. V. relazione PISANELLI al Re.

3° Deposito, per ordine del prefetto, del piano nell'ufficio del comune in cui deve l'opera eseguirsi, per quindici giorni (articoli 18, 25);

4° Pubblicazione e annuncio di tal deposito per avviso nel comune e nel giornale ufficiale della provincia (1). Ne' piani edilizii si esige, oltre la pubblicazione, la notifica per atto di citazione, non per avviso collettivo;

5° Facoltà di tutti gl'interessati a fare opposizione, di rito e di merito (cioè pel tracciato) durante il detto termine, art. 25, che decorre a giorni e non a ore, dalla pubblicazione o inserzione, escluso il giorno stesso di questa (2);

6° Decreto del prefetto sulla esecuzione del piano e sulle osservazioni presentate o modificazioni richieste. Se però si tratti di modificazioni di sostanza, che il prefetto ritenga meritevoli di considerazione, e non sia il progetto di sua competenza, ma d'altra autorità, egli a questa lo rinvia (art. 19) (3). È salvo il solo ricorso per l'art. 12 della legge sul consiglio di Stato (4).

Nel caso de' piani edilizii l'approvazione è fatta colle norme della dichiarazione di pubblica utilità ne' casi ordinarii (art. 12): udito anche il consiglio superiore dei lavori pubblici e quello provinciale di sanità, ove occorra (art. 87). Indi segue la pubblicazione del decreto di approvazione, e la notifica agli espropriati (art. 88).

Quest'ordine di procedura soffre alterazione nel caso di procedura abbreviata per l'anticipata presentazione del piano di esecuzione dell'art. 16 in luogo di quello di massima dell'art. 3, o, nel caso analogo, che cioè le indicazioni richieste dell'art. 16 si contengano già nell'atto di dichiarazione (art. 17). Può anche essere inutile il piano parcellario, puta se si tratti di occupare edifici o terreni per servizio pubblico senza trasformarli, o di espropriare un diritto immobiliare; almeno in tali casi le indicazioni dell'edificio o terreno varranno per piano particellare.

*Effetto* dell'accertamento della cosa esproprianda è l'essere questa quasi interdetta e posta fuori di commercio (5), ossia la presun-

(1) V. legge 39 giugno 1876, n. 3195.

(2) C. fr. 6 giugno e 10 luglio 1876 (*Journ. du Palais*, p. 172 e 1204).

(3) Così composta la quistione, altrimenti decisa in Francia per la legge del 1810. Vedi SABBATINI, 241.

(4) Cons. Stato, *Par.*, 9 marzo 1870, riferito dal SABBATINI, pag. 202.

(5) Relazione PISANELLI alla camera.

zione non semplice come quella nascente dalla dichiarazione, ma *juris et de jure* che ogni mutazione di costruzione o piantagione nuova, salvo necessaria riparazione o conservazione, sia fatta in frode, quindi non indennizzabile. Tale effetto si produce prima dell'approvazione del piano, cioè dalla sola pubblicazione del deposito nelle espropriazioni semplici (art. 43, conforme alle leggi preesistenti) e, nelle espropriazioni complesse, alla pubblicazione del piano stesso (art. 88, 89). In questo secondo caso trattandosi di maggior importanza di opera e di utilità pubblica e di maggior durata del vincolo (venticinque anni di regola) si commina esplicitamente la pena della distruzione de' lavori abusivi e di una multa (art. 91), onde la presunzione di diritto per gli effetti della non indennità si converte in una vera servitù *altius non tollendi* o *non aedificandi* conosciuta in Francia sotto il nome di servitù di allineamento, e praticata anche in Inghilterra.

Questo vincolo giuridico, o servitù legale di *allineamento* nei piani edilizi è il divieto della legge di far nuove costruzioni, riedificazioni, modificazioni in terreni o edifici, sia per volontà, sia per necessità, senza uniformarsi alle norme del piano (art. 89, 92, 43). Si domanda se esso si estenda alle costruzioni in corso e a quelle opere che siano necessarie a render fruttifera la proprietà. Ma il divieto della legge è generale, e il farsi una eccezione sarebbe distruggerla, ogni opera potendosi ritenere per necessaria a render fruttifero un terreno o un edificio, anche il costruire *funditus* in un terreno edificatorio, il continuar la fabbrica se incominciata, ecc, Solo si è dubitato se a tale gravosa servitù si dovesse compenso, almeno all'atto dell'espropriazione, lasciando lucrare all'espropriato il maggior valore dell'opera, e senza abbuono de' vantaggi (1). Ma è chiaro che la riserva del compenso toglierebbe ogni pratico effetto al vincolo legale, tanto valendo per l'espropriante il lasciar costruire e utilizzare che indennizzare poscia il non costruito e il non utilizzato. Nè sarebbe questo medesimo efficace riparo, dacchè l'esecuzione del piano essendo sempre *facoltativa,* non mai obbligatoria, potrebbe la espropriazione non seguirne. E di poi il precetto della legge che l'espropriazione, avvenendo, si debba compiere colle prescrizioni delle altre espropriazioni (art. 92) toglie via

---

(1) Come era stabilito nella legge federale svizzera.

anche codesto rimedio (1), che pure, quanto all'abbuono di vantaggi, espressamente riprometteva il ministro Pisanelli (2). È prescrizione certo grave, almeno può essere in certi casi, dove la facoltà che ha il proprietario di disporre ancora della cosa (art. 91) incontra ostacolo nella sua attuale condizione, e che gli espropianti faranno bene a rendere men dura colla equità nella pratica, ma che dubitiamo abbia altro rimedio che quello di mutar la legge.

Dalla servitù legale e quasi incommercialità impressa ne' beni designati deriva altra conseguenza notevole, ed è che nella designazione delle indennità il momento giuridico di valutazione si retrotrae necessariamente a quello della pubblicazione del piano, per quanto riguarda costruzioni, salvo il naturale aumento e decremento de' prezzi intrinseci per leggi ordinarie come altrove si mostrò.

Altro effetto del piano edilizio approvato, equivalente a dichiarazione di pubblica utilità, è la facoltà di espropriare (art. 92) con tutte le forme per le spropriazioni semplici, a cominciare dall'offerta del prezzo (art. 24 ult. cap.), e colle norme altresì regolatrici della misura delle indennità contenute negli art. 39 e 40. Nè per la cessione della proprietà esigesi altra forma (art. 94) equivalendo il piano edilizio approvato a dichiarazione e a piano particolare esecutivo (art. 19).

### ART. 11. — *Determinazione del prezzo.*

Veniamo alle forme ed agli effetti dell'accertamento o *determinazione* del prezzo.

Questo si divide, come si disse, in due periodi: il convenzionale ed il contenzioso.

Il periodo convenzionale si forma sui seguenti atti:

1° Elenco dei proprietari colla offerta dei prezzi (art. 24 e 75) da unire al piano particolareggiato;

(1) Trib. civ. di Roma 17 giugno 1885, comune di Roma e Torlonia; C. Genova 9 aprile 1880. De Katt e municipio di Genova (*Riv. amm.*, 1882, pag. 23): C. A. Trani 29 marzo 1881, Gioia e comune di Corato; C. C. Firenze 14 febbraio 1881 (*Riv. amm.*, 1882, 479); C. C. Torino 13 luglio 1881, Borzone e comune di Genova (*Annali*, 1881, I, 368); C. A. Firenze 25 dicembre 1871, finanze e Vannini (*Annali*, V, II, 639).

(2) Relaz. al Re.

2° Pubblicazione di tale elenco nelle forme e termini del piano di esecuzione (art. 17), salvo l'eccezione nel caso di procedura abbreviata (art. 21);

3° Trattative di conciliazioni facoltative, a proposta dello stesso espropriato (art. 26);

4° Accettazione del proprietario, che deve essere scritta (1); il silenzio, scorso il termine, vale rifiuto (art. 25) e l'offerta stessa perde ogni efficacia (2). Può essere condizionata, p. es. se il tracciato sia modificato, ecc.

L'accettazione rende definitivo e certo il prezzo, salvo eccezione di dolo, di violenza o di lesione (3), o di *quanti minoris* e salvo danni e modificazioni ulteriori (4) e salvo la opposizione de' terzi. Non produce però passaggio di proprietà nè facoltà di occupazione se non convenuta (art. 29, 30, 48, 50, 53), nè toglie mai il diritto di retrocessione (art. 60). E si risolve se il piano non sia approvato, o meglio (l'approvazione precedendo sempre la pubblicazione e però anche gli accordi) ne vengano accolte le opposizioni (articolo 28) o sia variato il piano.

5° Trasmissione al prefetto delle accettazioni o dei verbali di accordi (art. 29);

6° Ordinanza del prefetto che l'indennità accettata o convenuta si depositi alla cassa depositi e prestiti, o sia pagata in tutto o in parte all'espropriato; previa cauzione pe' terzi aventi diritto ad opposizione, e udito il consiglio di prefettura (art. 36), e salvo le forme a pro dei minori (art. 59);

7° Deposito o pagamento in esecuzione di tale ordinanza (articolo 30): solo modo di salvare la responsabilità dello espropriante verso i terzi, ed evitare un secondo pagamento (5). La somma depositata è per conto ed a rischio dell'espropriato: non può amuoversi perchè garantia dei terzi; ma convertirsi in titoli di debito pubblico (art. 49);

8° Decreto che pronunzia l'espropriazione e autorizza l'occupazione (art. 30, conforme agli art. 48 e 50).

---

(1) V. art. 95.

(2) *Contra*, Galdi, *Comm. cod. civ.*, v, 338.

(3) Che si risolve però in solo supplemento di prezzo.

(4) Cod. civ., art. 1104, 1108, 1115, 1474, 1529.

(5) Del Marmol, ii, 336.

Non riuscito l'amichevole componimento, segue il periodo contenzioso, che comincia spirati i termini degli art. 18 e 25. Questo periodo contiene uno stadio amministrativo e un altro giudiziario.

Il legislatore italiano, esclusi i diversi sistemi legislativi o dottrinali di determinazioni contenziose d'indennità, che tale delicato potere, che tocca alla salvezza *de' diritti*, attribuiscono o all'amministrazione stessa espropriante ed interessata, o ad un giurì tecnico, come in Inghilterra, negli Stati Uniti e in Francia (legge 1833), sistema poco lodato dagli stessi francesi, gravoso a chi deve esercitarlo, pericoloso agl'interessati per la posizione sociale dei periti stessi, lo volle rimandato, per natural competenza, all'autorità giudiziaria, com'era per la legge sarda 1839, articoli 23, 34, consultati, ma senza obblighi di seguirli, i periti (1).

La determinazione contenziosa dell'indennità ha però uno stadio amministrativo e uno giudiziario. Il primo è diretto ad una determinazione provvisoria per facoltare intanto l'espropriante ad occupare il fondo ed eseguire sollecitamente l'opera pubblica. Il secondo è volto alla definitiva determinazione.

Nel primo stadio le forme sono:

1° Il prefetto stesso provoca dal tribunale la perizia per i proprietarii che non si accordarono sulle indennità. Non potrebbe provocarla l'espropriato, poichè il suo diritto non è ancora investito (2), e nemmeno i due contraenti d'accordo, *Arg.*, art. 34, 35 (art. 31);

2° Nomina de' periti proposti dal tribunale, d'ufficio, senza citazione di parti (art. 32, 33) e senza che quindi possano queste ricusarli *(Arg.*, art. 35) (3);

3° Compilazione della perizia, che dovrà essere giurata *(Arg.*, art. 34, 38) (4) senza necessità di chiamare le parti, ma solo dietro avviso pubblicato nel comune (art. 36, conf. 259, proc. civ.): nel resto segue, secondo il precetto generale degli art. 34 e 38, le norme di procedura civile. Questa perizia ha gli effetti di una perizia giudiziale (art. 34), benchè in realtà non sia, non essendovi ancora giudizio, quindi impugnabile per vizii estrinseci od intrinseci, nei

---

(1) Relazione PISANELLI al Re.

(2) C. A. Perugia 5 agosto 1867 *(Annali*, 1868, II, 55).

(3) *Contra*, GALDI, n. 262.

(4) V. SABBATINI, 332.

modi prescritti dalla legge, o, in difetto, dal codice di procedura civile, senza che l'opposizione possa ritardarne l'esecuzione.

Di questa perizia dovea subire la spesa, secondo i comuni principii, chi vi era rimasto perditore, e così voleva il progetto Pisanelli; considerandola invece come una spesa necessaria alla espropriazione, dovea subirla l'espropriante. Questo secondo sistema adottò la legge nostra, seguendo molte delle preesistenti ma con limitazioni. Se non giunge alla somma offerta, la paga l'espropriato. Se non la supera di un decimo, si divide a metà tra' due (art. 37). A che non manca la critica. Ma se l'espropriato potesse esporsi a perizia a capo salvo, quante concordazioni si farebbero? Della spesa che ne sopporta l'espropriato ne par giusto si rivalga contro gli altri aventi diritto sulla cosa in ragione del loro interesse.

Criterii direttivi di codesta perizia dettavano il progetto Pisanelli, e molte leggi precedenti: la commissione parlamentare li escluse, tranne il sommo criterio del valor venale in libera contrattazione (art. 39, 40) e quello della doppia stima nel caso di parziale espropriazione, che non si può alterare (1) senza violar la legge: nel resto libertà di apprezzamenti intera alla scienza e coscienza dei periti, salvo il giudizio al tribunale.

Compilata la perizia seguono le altre forme e il processo si ricongiunge a quello convenzionale;

4° Ordinanza del prefetto a depositare o pagare (art. 48) (2) come già nel caso di concordazione amichevole (art. 30);

5° Deposito della somma. S'intende fatto *per conto* dell'espropriato in quanto gl'interessi decorrono a suo favore, ma non maggiori di quelli corrisposti dalla cassa depositi e prestiti (3) e non solo sulla somma depositata, ma sull'aumento in caso di opposizione giudiziale; come, nel caso opposto, sulla diminuzione rimangono a favore dell'espropriante (4). Gl'interessi sarebbero dovuti sempre ancorchè la cosa espropriata fosse infruttifera, non trattandosi del caso ordinario dell'art. 1509 del codice civile. Sarebbero

---

(1) Vedi SABBATINI, 399. Ma non si dovrebbe spingere agli eccessi, quando c'è equipollente.

(2) Salvo le eccezioni considerate nella citata L. 1879, art. 56, e per le occupazioni temporanee l'art. 71.

(3) C. A. Casale 2 maggio 1873, presso SABBATINI, II, n. 3.

(4) Così nell'editto 1839, art. 41; DEL MARMOL, II, 541; C. A. di Gand 20 luglio 1861.

dovuti, al contrario, se pur non vi fosse stato deposito, bensì nelle condizioni del citato articolo (1);

6° Decreto del prefetto che pronuncia l'espropriazione ed autorizza l'occupazione de' beni (art. 48), che, come quello dell'art. 30, deve essere trascritto e annotato al catasto (art. 53) per i riguardi de' terzi, come ogni altro titolo di alienazione è inserito per estratto nel termine di cinque giorni nel giornale ufficiale della provincia (art. 54), non perchè i diritti de' terzi possano durare ancora sulla cosa (art. 27, 55), ma per avviso e norma di essi e d'altri che potessero sopravvenire.

L'antinomia dell'art. 55 della legge coll'art. 1942 del codice civile si spiega colla differente disposizione del codice albertino ed altri, che accordavano un termine dopo la trascrizione per la iscrizione de' privilegi ed ipoteche. E nemmeno ha la trascrizione l'effetto dell'obbligo al conservatore d'iscrivere la ipoteca d'ufficio a norma dell'art. 1985 del codice civile, già essendo guarentito l'interesse dell'alienante dalla legge speciale;

7° Notifica di detto decreto dall'espropriante all'espropriato nelle forme delle citazioni;

8° Diritto di opposizione giudiziale nei 30 giorni dalla notifica, intimata all'espropriante e al prefetto. Il termine è perentorio, ma si proroga per la opposizione giudiziale di uno degl'interessati (2). Con questo diritto si apre lo stadio giudiziario.

Il diritto di opposizione è dato anche all'espropriante e ne' termini stessi e per parità di ragione (3). La frase *tanto al prefetto quanto all'espropriante* che è nell'art. 51, che sembra accennare il contrario, fu lasciata per incoerenza dopo la riforma che l'articolo subì al senato (4). E compete all'espropriante ancorchè abbia fatto il deposito senza opposizione (5) e, in via riconvenzionale,

---

(1) V. SABBATINI, II, 23.

(2) Tanto da non ritenersi applicabile neppure l'art. 2125 del codice civ.; C. C. Torino 12 luglio 1872, Moneglia (*Legge*, XII, 761).

(3) *Arg.*, art. 33; relaz. PISANELLI che parla di diritti da salvare dei *cittadini* e della *società*. Sarebbe quindi, a nostro avviso, un disorganizzare la legge, l'adottare l'emendamento parziale proposto alla camera il 18 maggio 1875. Vedi la giurisprudenza in materia nell'ANGIONI-CONTINI, *Comm.*, I, 137.

(4) Vedi citati *Atti parlamentari.*

(5) Tribun. civ. Roma 15 marzo e C. A. 22 giugno 1880, causa Ripalda per la Farnesina (MANTELLINI, *Lo Stato*, II, 457).

anche trascorsi i termini (1). E compete anche prima di fare il deposito, se voglia accertarsi dell'entità del sacrificio, a differenza dell'espropriato che non ha alcun interesse legittimo prima della espropriazione (2). E compete a tutti i terzi interessati (art. 27, 54), ancorchè la indennità sia accettata o pattuita, ma nel solo loro interesse; onde l'aumento, ad esempio, che mediante la opposizione conseguisse l'usufruttario, non giova al proprietario, finito l'usufrutto, ma torna all'espropriante, come *res inter alios acta* (3). Il giudizio di opposizione si compie colle istruttorie di periti o altre, come ogni altro giudizio, salvo al tribunale la facoltà di decidere sulle perizie conforme alle regole degli art. 269 e 270 del codice di procedura civile (art. 34, 51). Onde il tribunale può, anche messa da parte la perizia d'ufficio e giudiziale, giudicare sulla somma di indennità (art. 369, proc. civ.) (4).

La competenza del giudice è quella ordinaria per valore e pel *locus rei sitæ* (*Arg.*, art. 31, 32, 58). Il contradittore, il proprietario o gli enfiteuti e, intervenendo, gl'interessati (art. 27, 54); il prefetto v'è chiamato solo per sua norma. Merito della controversia il rito o forma, o la sostanza della perizia (5). La nuova perizia, se ordinata, procede colle norme ordinarie, anche quanto alle spese (6).

Il periodo giudiziale si chiude o col trascorso di trenta giorni senza richiamo nè de' proprietari (art. 51) nè de' terzi interessati (art. 54), o coll'accordo di tutte le parti interessate (art. 55), o colla sentenza che abbia deciso richiami ed opposizioni (art. 51, 54, 56).

### Art. 12. — *Perfezionamento del contratto e suoi effetti.*

Si compie col decreto di occupazione (art. 30 e 48), essendo già accertata la cosa, e anche accertato e pagato il prezzo, per quanto

---

(1) C. A. e C. C. Roma, cause comune di Roma e Douglas, Colonna nel 1873.

(2) C. C. Torino 7 marzo 1878 (*Annali*, 1878, 193; *Giur. ital.*, 1878, 827); C. A. Roma, causa manicomio e Napoleoni, 1884; trib. civile Roma, comune di Roma e Trocchi, 30 giugno 1885; V. pro e contro nel Sabbatini, II, 42.

(3) Vedine le conseguenze ed applicazioni nel Sabbatini, II, 121.

(4) C. C. Firenze, causa comune di Roma coi Padri Liquorini, Schlatter e De Merode, 21 marzo 1874. V. Sabbatini, II, *Com.*, art. 51.

(5) V. Sabbatini, II, 65.

(6) Art. 181, 186, 206, 252, 253, 259 al 268 e seg., proc. civ.

la utilità pubblica il consente (1), in applicazione degli art. 1448, 1454 e 1469 del codice civile.

L'atto del perfezionamento è quindi un puro atto amministrativo che supplisce e unisce i consensi (2), onde sarebbe indiscutibile dal giudice (3). In ciò fu variata la legge francese, in cui valse il principio napoleonico doversi l'espropriazione operare per autorità di giustizia, onde si ha che la sentenza di espropriazione precede la determinazione dell'indennità e l'espropriato non ha più la proprietà, ma il possesso e i frutti, cui perde solo colla pronuncia del giurì sulla indennità. La convenzione può derogare al momento legale dal passaggio; di che si quistionava sotto le passate leggi, ed allora si osservano le disposizioni del codice, salvo in quello che la legge speciale vi avesse derogato, come, ad esempio, il diritto di retrocessione.

Gli effetti del perfezionamento sono di doppia specie secondochè riguardano i rapporti fra i due contraenti o verso i terzi (4). E sono i seguenti:

1° Il passaggio della proprietà e del rischio dall'espropriato nell'espropriante (art. 30 della legge; art. 1462, 1469 C. C.), e non solo ne' rapporti dell'espropriato e degli aventi diritto anteriore, ma anche di quelli che potessero sopravvenire prima della trascrizione e della voltura (art. 27, 52 e 53), la quale non ha luogo per li effetti dell'art. 1942, ma per ragione di pubblicità, e per la decorrenza del termine alle iscrizioni delle ipoteche sulla indennità e a fare le opposizioni (5). E così pure la formalità dell'inserzione (art. 54). Non però sempre entra la cosa nel demanio dell'amministrazione, se non sopraggiunge la destinazione attuale (6), e quindi

---

(1) Così è mantenuto, quanto è possibile dal nostro legislatore il *préalable* della costituzione francese del 1791 e il *premesso* dell'art. 438 del nostro codice.

(2) In Francia per l'occupazione si richiedeva, per leggi del 1833, 1841 e 1852, l'atto giudiziario che verificava la legalità dell'atto amministrativo.

(3) Vedi, per le quistioni di competenza, il capo 7 e il MANTELLINI, *Lo Stato*, 450 e seg., e autorità ivi citate e *Conflitti*, capo III, § 5; SABBATINI, pag. 95 e seg.; relazione PISANELLI alla camera, stando alla quale vi sarebbe in ciò deroga alle disposizioni degli articoli 2, 4, 5 della legge sul contenzioso amministrativo, perocchè sarebbe indiscutibile anco la regolarità.

(4) V. DE GIOANNIS, *Corso*, § 1100.

(5) DELALLEAU, n. 288.

(6) Vedi sopra, *Demanio*. *Contra* il DELALLEAU e il RICCI, i quali negano persino il concetto di vera alienazione nella espropriazione. Vedi SABBATINI, *Comm.*, all'art. 56.

non è illogica, benchè non giusta, la tassa di passaggio (1). Dal passaggio di proprietà tutti gli utili e gli accessori della cosa appartengono all'espropriante e quindi le scoperte e gli accrescimenti sopravvenuti (2). Nel caso di un concessionario di lavori (art. 324 leg. sui L. P.) la proprietà passa a lui, se non sia puro mandatario (*Arg.*, art. 354, 360, 361 detta legge) (3), e quindi anche a lui spettano i residui de' fondi espropriati.

Prima della occupazione non è richiesta la constatazione come nell'art. 47 dell'editto 1839, nè si esige il ministero di usciere a forma del capo 2, tit. IV, lib. II del codice di procedura civile (4).

2° Diritto di occupazione (possesso) che non viene nemmeno dal decreto di approvazione del piano nè da alcun atto anteriore, salvo solo consenso esplicito della parte, e salvo anco, secondo alcuni, la concordia e il deposito o pagamento del prezzo. In un solo caso questo non è necessario ed è quello delle strade comunali obbligatorie, ove è data facoltà ai comuni di occupare, pagando in un decennio (art. 11, legge 30 agosto 1868) (5).

3° Diritto al pagamento per parte dell'espropriato. Un tal diritto è però sospeso durante il giudizio d'opposizione, salvochè il giudice (non il prefetto) può ordinarlo in tutto o in parte quasi somministrazione (*Arg.*, art. 321 e 724 proc. civ.) purchè sia senza pregiudizio dell'espropriante e dei terzi. È sospeso altresì dai termini che debbono decorrere a forma degli art. 51, 55, 56 (6). Se v'ha dubbio tra più possessori, spetta a quello del tempo di emanazione del decreto (7). La responsabilità della regolarità del pagamento è tutta del prefetto, non mai dell'espropriante (art. 55 e 56). Sono semplificate le condizioni prefisse alla consegna o ripar-

---

(1) Tariffa del reg., n. 1; legge d'espr., art. 53, 95; legge 19 luglio 1868, n. 4480, art. 11, lett. *A*.

(2) C. C. Roma, comune di Roma e Colonna (aprile 1876). V. SABBATINI, II, 37 e note 4, 5. Per gli accessorii, art. 410, 415, 440, 1470, 1471 C. C.

(3) C. A. Messina 22 dic. 1879 (*Legge*, 1880, I, 403).

(4) C. C. Firenze, società veneta e Passafava (*Annali*, 1877, II, 187).

(5) *Contra*, DEL MARMOL, I, 264; DELALLEAU, II, 928.

(6) La sospensione dei termini per la riscossione dei diritti reali (art. 55) era consentanea al codice albertino pei termini prescritti negli articoli 2305 e gli altri quivi richiamati. Pel codice vigente non si può citare che il termine dell'art. 2089 cod. civ.

(7) Cons. d'État, 30 janvier 1880, commune de Beaulieu.

tizione da quegli articoli, nel caso d'indennità inferiore a L. 200, secondo la legge 19 dicembre 1879, n. 5122 (1).

4° Trasferimento di ogni diritto reale (proprio o improprio) dalla cosa sulla indennità (art. 27, 50, 52, 54, *Arg.* 2090 cod. civ. e 666, n. 5°, 667, n. 9 e 709 e seg., proc. civ., cioè dalla graduazione). Esempio di vera surrogazione del prezzo (depositato a forma degli articoli 20, 48) alla cosa contro la regola di diritto (2). E tale surrogazione per lo effetto di farvi valere o assicurare i diritti: *a)* del vero proprietario alla rivendicazione, salvo il suo diritto anche contro l'espropriante per una nuova determinazione di indennità se fu sbagliato il nome per colpa di lui; *b)* dell'usufruttuario, pel suo usufrutto, per la cauzione, oltre il diritto all'indennità pei frutti pendenti; *c)* di uso o di abitazione; *d)* di servitù, a recuperarne il compenso mediante proporzionale assegno sull'indennità; *e)* di censi, rendita semplice, fondiaria o vitalizia, secondo le norme dell'art. 2090 del cod. civ., colla facoltà all'espropriato di sostituire altro fondo o titolo di rendita pubblica (3); *f)* di enfiteusi mediante o ripartizione proporzionale dell'indennità, o l'affrancazione del canone secondo la norma dell'art. 1564 del codice e della legge 24 maggio 1864; *g)* dell'anticresi e della ipoteca (art. 52 della legge e 1897 e 1951 cod. civ.), sia mediante surrogamento della garantia (art. 1980 c. c.), sia mediante pagamento del credito come avviene in giudizio di subasta, ancorchè l'espropriazione sia parziale, stante l'indivisibilità della ipoteca (articolo 1964 ecc.) (4); *h)* e per altri effetti, come quello del doversi l'indennità in luogo delle cose legate espropriate al legatario, a differenza della espropriazione esecutoria di diritto privato.

La cosa espropriata viene liberata all'istante contro il principio *res cum suo onere transit* e con essa anche le frazioni secondo l'art. 23, di che prima era grave quistione. Quindi segue anche la impossibilità di nuovi pesi da lato dell'espropriato.

Le *locazioni* si sciolgono, dal lato del conduttore e dall'espropriante (art. 27, 52) anche se si tratta di espropriazione parziale,

(1) V. Sabbatini, II, pag. 149 e seg. In caso di successione la cassa depositi e prestiti deve anche osservare il regol. 8 ottobre 1880.

(2) In judiciis particularibus pretium non succedit loco rei. L. 24, ff. *Da haer. petit.*

(3) C. C. Torino 18 luglio 1868 (*Legge*, IX, 114).

(4) V. Sabbatini, *Comm.* all'art. 52.

avendo il conduttore il diritto di scelta a forma dell'art. 1578 del cod. civ., non quello di astringere il locatore a far le innovazioni e riparazioni del fondo (1). Il conduttore non ha diritti reali sul fondo nel senso dell'art. 52, ma solo diritti personali verso il locatore, non già per la risoluzione del contratto, perchè avvenuto per forza maggiore (2), ma per quanto spettare gli possa a forma degli art. 27 e 54 in parte della stessa indennità, puta per frutti pendenti, per migliorie, riparazioni o per le cauzioni, e a tal uopo può esercitare opposizione a forma dell'art. 54. Non mai, a nostro credere, alcuna azione ha contro l'espropriante, per le ragioni qui ricorrenti del sistema della indennità unica e del criterio specifico degli art. 27, 39, 40, 52, come fu dimostrato nella consimile quistione dei *danni* (3).

5° Diritto di retrocessione o rivendicazione competente all'espropriato di fondi o parte di fondi che non ebbero effettivamente destinazione, quando non furono prorogati i termini assegnati nell'atto di dichiarazione al compimento dell'opera, sia che solo una frazione rimanesse inoperosa, sia che tutto un fondo (art. 60). Nè lo fa perdere la concordia intervenuta sul prezzo (art. 28). È più un diritto indipendente di rivendica o azione *caussa data, caussa non sequuta* dato da legge che di risoluzione di contratto, come si argomenta da' precedenti legislativi e dalle disposizioni combinate degli articoli 28, 50, 60, 61. Appartiene all'espropriato o agli aventi diritto da lui, cioè agli eredi o successori singolari, a titolo di cessione o di legato del diritto stesso di rivendica, a condizione però che siano possessori delle cose espropriate (4). La sola successione singolare nella cosa, onde fu distaccata la parte espro-

---

(1) Sabbatini, *Comm.* art. 52.

(2) L., § 2 ff. *loc. e cond.*; art. 1226, 1578 C. C.

(3) Contro la legge belga, che aveva però un testo positivo, art. 19, e la giurisprudenza francese, la quale pure limita il diritto ai danni *positivi* e *reali* che almeno per la massima parte non sono che elementi già entranti nel prezzo. Per la legge italiana singolarmente crediamo assurdità flagrante un'azione quale che sia diretta verso l'espropriante. Vedi la giurisprudenza e la polemica sulla quistione, come anche sulle controversie accessorie della data certa, del patto escludente l'indennità in casi di espropriazioni nel Sabbatini, *Comm.* all'art. 54. V. nel senso della nostra tesi la C. A. Firenze 4 maggio 1868, causa Cantagalli (*Legge*, ix, 124); C. C. Firenze 16 giugno 1868 (*Legge*, xix, 644).

(4) *Contra*, Legge franc. 1841, art. 60.

priata, non basterebbe; cautela salutare perchè a chi non più possiede i beni sarebbe inutile il diritto o peggio espediente di traffico indebito e ostacolo alla riunione di fondi. È una specie di azione mista, reale *ex parte actoris,* in quanto segue la cosa, personale *ex parte rei,* in quanto si dà contro l'espropriante. L'obbligo della restituzione s'incorre per parte dell'espropriante *ipso iure* e senza uopo di nuovo decreto (1), benchè per l'espropriato non sia che una facoltà. Sue condizioni sono l'inutilità alla destinazione pubblica della parte sopravvanzata o del fondo non occupato, il trascorso de' termini, il pagamento del prezzo. Se però il fondo servì una volta all'opera, e poi cessò, non si dà rivendica. Del primo requisito è competenza amministrativa il decidere: del secondo, trattandosi di semplice fatto, giudiziaria (2). Il prezzo dev'essere quello della cosa al momento che il diritto si esercita (art. 60, 32, 33, 39 e 40) non quello dell'espropriazione, che però non può essere mai superato (3), per impedire un traffico indebito dell'espropriante. La rivendicazione non è applicabile alle frazioni di cui tratta l'articolo 23, che l'espropriato offerse all'espropriante, sapendo che non servirebbero all'opera pubblica, beninteso, quando esse sole rimasero disponibili, non il fondo stesso (art. 62) (4).

*Quid iuris* se l'amministrazione voglia destinar la cosa o la parte avanzata ad altra opera? Pensiamo che ciò non impedisca la retrocessione se non si osservino da capo le formalità, perocchè la legge parla di *preveduta* destinazione, e la dichiarazione di pubblica utilità deve essere *specifica* per un'opera, non generale per qualunque (5).

Diverso dal diritto di retrocessione è il caso della *decadenza*, per trascorsi termini e ineseguimento dell'opera, ma per gli effetti in tutto simile (art. 63).

---

(1) Cons. Stato 26 maggio 1855 (*Gazz. trib. Genova,* 420).

(2) *Arg.*, art. 63; Relazione PISANELLI alla camera; MANTELLINI, *Lo Stato*, 448. In Francia fu quistione (ANGIONI-CONTINI, I, 159).

(3) Ciò peraltro fu discusso nella camera francese del 1833, ma l'idea che lo Stato dovesse guadagnare l'aumento del prezzo fu combattuta dal commissario regio, signor Legrand, con successo.

(4) DALLOZ, *Recueil,* 1848, 5, 183.

(5) HERSON. *Exprop.*, 349. Contro il GAND; il DELALLEAU (*Expr.*, n. 742); Cons. di Stato francese e il DE GIOANNIS (*Corso*, ecc., n. 1113).

## TITOLO II.

# Oggetti aventi ragione di fini.

Visto con quali mezzi l'amministrazione deve curare il suo fine, esaminiamo in quali uffici questo si divida.

Còmpito dello Stato essendo (come a noi parve di comprenderlo) quello di conservare sè stesso e la società, e di aiutare lo svolgimento di entrambi, mediante la *cooperazione legale*, ne segue la sua naturale divisione in un ufficio di conservazione o tutela e in un ufficio di perfezionamento.

Il doppio ufficio non si può talmente distinguere che nella pratica dell'amministrazione sia facile il separare i còmpiti dello Stato che all'uno o all'altro, con reciproca indipendenza, nettamente si riferiscono. Posto che, siccome vedemmo, le due funzioni s'intrecciano indissolubilmente, sì che l'una non sia possibile senza l'altra, così, in uno stesso obbietto, difficilissimo riesce discernere sino a qual punto l'azione dello Stato sia conservativa o perfezionatrice: se, per esempio, aprendo una strada, fondando una scuola, prosciugando una palude, accordando una relazione internazionale, tenda l'amministrazione a conservare i beni della vita, o ad aumentarli. Ogni conservazione riesce a mantenimento o perfezione di uno strumento di bene e di civiltà, come ogni incremento di questa a una facoltà maggiore di difesa e di protezione della vita e della proprietà. Quel che dicesi civiltà e progresso, non è in fondo che una modalità dell'essere e del vivere.

La distinzione pertanto delle due funzioni è pur essa sempre relativa, ed è solamente la prevalenza di uno dei due concetti sull'altro, piuttostochè la presenza esclusiva, ciò che la determina. Ciò posto, e con questa intelligenza davanti alla mente, si possono classificare i beni o fini dell'amministrazione pubblica, sì di conservazione, che di perfezionamento, nel modo che segue.

Obbietto generale dell'ufficio o fine conservativo è la tutela dell'esistenza e degli attributi dello Stato e de' cittadini, di questi come fine suo ultimo, di quello come fine prossimo o mezzo ed istrumento a quello, e di più come ente esso medesimo organico,

consciente, vitale e quindi avente il sentimento e il diritto della sua vita. Quindi appartiene all'ufficio conservativo dello Stato:

Affermare, mantenere, difendere la sua posizione, la sua dignità, i suoi diritti, ne' rapporti colle potenze straniere, cioè la cura dei suoi rapporti internazionali, la diplomazia;

Proteggere e curare i diritti e gl'interessi de' suoi cittadini nei paesi esteri: istituzioni ed azioni consolari;

Entrambi questi uffici son curati da un ministero apposito, detto *il ministero degli affari esteri;*

Proteggere la esistenza, la integrità, l'autorità dello Stato nei rapporti coi cittadini; e difendere questa dagli attacchi de' nemici interni: ufficio che dicesi *alta polizia;*

Tutelare la quiete e la pace de' cittadini, cioè l'*ordine pubblico* e le vite e le proprietà e i beni tutti dalle minaccie e dai pericoli che vengono ad essi dalla stessa prava volontà degli associati: *polizia ordinaria* o *sicurezza pubblica;*

Proteggere e difendere la vita e la salute de' cittadini dalle cause naturali che tendono a danneggiarla, cioè tutela della *igiene, sanità e salubrità pubblica;*

Tutelare, proteggere la sussistenza de' cittadini dalle minaccie e dagli attacchi che loro vengono dalla *fortuna,* cioè dalle miserie sotto tutte le forme: protezione, tutela, cura delle *opere pie* o *instituti di beneficenza, assistenza pubblica,* considerata o come condizione di ordine e decenza pubblica, o come corrispettivo da dare al sacrificio della miseria e del pauperismo verso l'ordine sociale.

Codesti uffici, con altri accessorii e analoghi a quegl'indicati, son dati al ministero che si dice *degl'interni* in quanto riguardano lo Stato in generale: in parte alle provincie e ai comuni, in quanto s'attengono all'interesse locale, come avviene specialmente nella sanità, nell'assistenza e nella polizia edilizia (1).

L'ufficio di protezione dello Stato contro nemici esterni ed interni esigendo l'impiego di mezzi potenti, come quello della forza

---

(1) Sulle attribuzioni de' varii uffici ai diversi ministeri e istituzioni, vedi le leggi sui comuni e provincie, sulla pubblica sicurezza, sulla sanità pubblica, sul consiglio di Stato, sulle opere ed acque pubbliche; Legge 13 novembre 1859 sulla pubblica istruzione; Legge 5 luglio 1860 sulla istituzione del ministero d'agricoltura e commercio; Regio decreto 21 dicembre 1850 sulla organizzazione dell'amministrazione centrale, ed altri successivi; vedi anche legge 14 agosto 1862 sulla corte de' conti.

armata, acquista un'importanza così distinta per la ragion del mezzo, che fa luogo a un servizio speciale e uno speciale dipartimento o ministero: anzi ha un doppio special ministero che è quello della *guerra* e della *marina*. La difficoltà tecnica ed amministrativa che seco porta cotesto ufficio, e l'immensa estensione sua, che abbraccia pressochè tutta la nazione, trasformata in quel che si dice l'*esercito* o la *milizia*, fase e forma di tutta l'attività nazionale piuttostochè servizio o funzione di un organo o di un istituto particolare, esige codesta separazione. L'istituzione militare sarebbe anzi tra gli oggetti aventi ragion di mezzo nell'amministrazione pubblica; perchè consiste nella raccolta di tutta la forza muscolare valida della nazione, diretta a scopo di difesa sì esterna che interna, e talvolta a scopo di aiuto e di soccorso nelle pubbliche calamità e nelle grandi necessità della vita pubblica. Ma, stante la intima e diretta connessione del mezzo, che è la forza, col fine della difesa pubblica, e stante la razionale e morale natura di questo mezzo, può considerarsi come un obbietto di fine, consistente nella difesa pubblica, della quale sono, più che strumenti, agenti i vari ordini di milizia, coordinati alle diverse maniere di difese, come esercito stanziale, milizia civile (p. e. carabinieri, guardie di sicurezza), milizia fiscale, guardie doganali, forestali, municipali, ecc.).

Al ministero della marina armata va congiunto per relazioni di mezzo e di materia l'ufficio tutelare e direttivo della marina mercantile, che sarebbe ufficio, come vedremo, di perfezionamento.

Un altro ufficio di difesa interna si distacca anch'esso, per la importanza principale del mezzo, dal còmpito della difesa generale interna. Ed è la special difesa contro le cause volontarie di perturbazione del diritto, sia che esse nascano dalle stesse dubbiezze delle formule giuridiche, sia che dal proposito di offendere le leggi: cioè l'amministrazione della giustizia civile e penale.

Ma questo è còmpito, non già solo d'un organo speciale dell'amministrazione, ma d'un *potere* separato e indipendente, incarnato nella magistratura, che non è soltanto una gerarchia tecnica, di cui si serve il potere per amministrare la giustizia (come da alcuni si ode dire), ma è essa medesima un'autorità e un potere per sè stante. La separazione di questo ramo da quello permanente amministrativo politico segna il grado di sviluppo delle istituzioni civili, e la garantia suprema del diritto. Anche i reati che diconsi *di polizia*, pel contenuto affine, sono materie del potere giudiziario,

indipendenti da quello amministrativo e politico. Ma l'organizzazione vasta de' magistrati, onde questa funzione abbisogna, le mutazioni sue continue, l'ordinamento degli istituti accessori, come il pubblico ministero, e degli uffici necessari, come le cancellerie, la provvista di mezzi materiali a questi uffici ed a questi istituti e magistrature occorrenti, l'apprestamento della forza coattiva per costringere alla esecuzione dei giudicati, tuttociò forma una parte veramente amministrativa, che può dirsi l'*amministrazione della giurisdizione*. Ed è questa amministrazione che è affidata a un ministero di giustizia. Al quale si uniscono per affinità d'ufficio il còmpito di essere organo della *grazia*, attributo sovrano che modifica e influisce nella funzione giudiziaria: la preparazione e l'aiuto alla dichiarazione e riforma delle leggi stesse, civili e penali: infine, per ragioni tutte di opportunità burocratica, la protezione e cura dei rapporti religiosi.

Gli uffici di coltura e di perfezionamento si distinguono nettamente secondo le forze e facoltà umane, ovvero le diverse ragioni di bene sociale: intellettuale, morale, materiale.

Al perfezionamento intellettuale adopera lo Stato colla cura della pubblica istruzione, e in tutti i gradi: superiore, medio, elementare; e in tutti gli oggetti di coltura: scientifica, letteraria, artistica, industriale, commerciale: fondando istituti appositi di scuole, di biblioteche, di musei, e dettando norme e prove e garantie per quella parte dell'istruzione che serve ai bisogni più gravi della società, come le professioni cosidette liberali.

Di questa coltura si occupa il ministero dell'istruzione pubblica; salvo gl'insegnamenti che sono connessi col perfezionamento agricolo, industriale, commerciale, i quali si demandano talvolta al ministero, che ha cura di questi interessi, cioè dell'agricoltura, industria e commercio.

All'opera dell'istruzione pubblica concorrono anche i comuni, specialmente nel grado dell'istruzione elementare.

Il perfezionamento morale, che consiste nell'educazione della volontà umana alla virtù, si esplica mediante un sistema di precetti, di esempi, di prove che dicesi l'educazione morale, e questa si connette colla istruzione, la quale non è, se non la educazione della mente, veicolo di quella del cuore.

Potente ausilio della instituzione morale è la religione, il culto della divinità. Il còmpito di questo ufficio di perfezionamento non

è pertanto nella pratica dell'amministrazione separato, ma si connette e confonde da un lato con quello dell'istruzione pubblica, dall'altro con quello che si versa intorno ai culti.

La cura del perfezionamento materiale si riduce all'azione dello Stato sulla vita economica della nazione, e cioè sulla produzione e sul commercio. Agisce lo Stato sulla produzione ne' vari suoi rami: agricolo, industriale, commerciale, colle scuole, coi poderi-modello, colle colonie agricole, colle bonifiche, col regime delle acque, colla polizia rurale, col regime della caccia e della pesca, colla cura e col regime de' boschi e delle foreste, colla polizia mineraria, colle tariffe, colle norme sulla giornata di lavoro e sul lavoro dei fanciulli e delle donne, colla protezione de' diritti d'autore, delle privative industriali e commerciali, de' marchi e segni di fabbrica, colla garantia de' pesi e delle misure, col regolamento delle camere e case di commercio, degl'istituti di credito fondiario, agrario, commerciale e della circolazione fiduciaria, coll'istituto regale della monetazione, coll'istruzione di depositi, magazzini e punti franchi. A tutto questo sopraintende il ministero di *agricoltura, industria e commercio,* tranne la monetazione (zecca) per omogeneità d'interessi affidata alla finanza.

Al perfezionamento materiale ed anche intellettuale e morale, e alla vita intera della nazione, provvede poi l'amministrazione pubblica, colla cura delle comunicazioni, cioè strade, canali, fiumi, porti, fari e loro accessorî, col servizio delle poste e dei telegrafi. Il ministero cui sono raccomandati tali servizi è quello dei *lavori pubblici.* Le strade, i porti, i fiumi, sono per verità del pubblico demanio, ma la loro costruzione e il loro mantenimento esige un complesso di forze tecniche, che non può essere curato se non da un ministero apposito. La cura poi di quelle, tra le comunicazioni, che sono d'interesse locale, appartiene alle provincie ed ai comuni. Ancora le poste e i telegrafi, essendo eretti a monopolio dello Stato, e non soltanto sorvegliati e dipendenti dalla sua azione tutelare o direttiva, sono affidati alle cure di questo ministero, anzichè a quello dell'agricoltura, industria e commercio. Talvolta furono, come ora sono, costituiti in ministero indipendente.

Ragionare de' varii particolari obbietti, istituti e ufficii, che si attengono all'azione conservatrice e perfezionatrice dell'amministrazione, appartiene alla parte *speciale.* A differenza degli oggetti, che hanno ragione di mezzo, e che servono a tutti i fini dell'am-

ministrazione, e quindi facilmente rientrano nella parte generale della sua trattazione e nell'organismo amministrativo e tutti si accentrano nella istituzione della *finanza:* quelli che hanno aspetto di fini si specializzano, a così dire, in modo da formare necessariamente materia di specifica trattazione. Ciò nulla meno, vi sono certi modi e certe leggi costanti dell'azione amministrativa dello Stato, diretta a codesti scopi di conservazione e di coltura, che trovano luogo nella parte generale.

Di essi possiamo formarci questa non inopportuna classificazione:

Fine dello Stato (1) è il bene. Ma al raggiungimento del bene importa, da prima, l'allontanamento del suo contrario, cioè del male; quindi ogni azione amministrativa deve prendere e necessariamente includere due momenti o forme: una che è la prevenzione o rimozione del male (tutela negativa), l'altra la posizione del bene (tutela positiva): forma negativa e positiva, così appellate, non dal contenuto, perchè il contenuto d'ogni azione dev'essere necessariamente positivo, ma dallo scopo che si propone (2).

Ora l'allontanamento del male si divide in due momenti, secondochè si tratti di un male futuro, che si debba *antivenire,* o d'un male passato che si debba toglier di mezzo, o, come dicesi, *reprimere.* Quindi la suddistinzione dell'azione amministrativa negativa, in azione *preventiva* ed azione *repressiva.*

L'azione negativa dell'amministrazione co' due momenti inerenti ad essa, preventivo e repressivo, dicesi *polizia,* come l'azione positiva è quella che dicesi propriamente l'amministrazione, la quale, a sua volta, può suddistinguersi in ufficio di *tutela* o di *gestione,* secondochè si limita a proteggere e mantenere, o a condurre e svolgere una pubblica bisogna.

L'azione, tanto negativa, quanto positiva dello Stato, si mostra per forme varie che sono il vigilare, il consultare, l'ordinare, l'eseguire, il costringere. Il vigilare è pure anch'esso di doppia specie, secondochè si fa innanzi l'atto consumativo dell'azione amministrativa, o dopo: ispezione o riscontro e sindacato; duplice forma, che spicca, nell'amministrazione in grande, nell'istituto della corte dei conti.

Tutte queste forme secondarie sono fasi e momenti di ciascuna delle due forme o funzioni primarie, negativa e positiva. Non v'ha

(1) Sez. 1ª, capo 3.

(2) Coincide il Romagnosi (*Principii,* lib. I, cap. 4).

cura d'interesse, non v'ha vera amministrazione, non funzione diretta a conseguire risultamenti utili, negativi o positivi, che non proceda per questi momenti: il vigilare, che è prendere notizia sui bisogni determinanti l'azione, sulle circostanze e le condizioni sue, sugli atti degli agenti: il deliberare quel che sia necessario o più opportuno da farsi: lo statuire e tracciare l'azione: il costringere i renitenti ad osservare l'ordine dato. Ognuno che mancasse di tali momenti dell'azione sarebbe causa d'imperfezione o difetto della medesima.

L'azione negativa va alla sua volta sempre congiunta alla positiva, perchè non si può creare e realizzare un bene, senza combattere il male opposito; anzi questo è il primo momento e più sostanziale dell'amministrare un fine pubblico.

Non potendo quindi essere azione positiva di amministrazione senza la negativa, ne sorge che ogni autorità o magistratura amministrativa, cui è affidato un còmpito o fine da raggiungere, deve essere fornita dell'azione negativa necessaria, cioè della *polizia*, indi la varietà di questa polizia; giudiziaria, sanitaria, igienica, stradale, edilizia, forestale, marittima, ecc. Essa è forza salutare, inseparabile da ogni speciale potestà, anzi che ne costituisce l'intima essenza, e a posta fu detta l'*igiene* dello Stato.

La quistione nota: *prevenzione o repressione?* così rigorosamente posta, riscontrata ai divisati concetti, ripugna: quasi potesse meritare l'onore di una ipotesi scientifica il supposto che l'amministrazione della salute e degli interessi pubblici dovesse rassegnarsi a vedere il male compiuto per potersi difendere, e privarsi del più volgare espediente della prudenza e dell'amministrazione privata, del *principiis obsta*. La quistione pertanto non si può ammettere che sul terreno dei limiti. Quando la prevenzione del male importa soltanto provvedimenti in lotta con cause naturali ed incoscienti, niuno impugna il diritto della prevenzione, ma quando importa lotta e infrenamento della libertà e del diritto privato astratto, si domanda: può ammettersi prevenzione o non val meglio lasciare la libertà svolgersi nella sfera della legge e, solo dopo compiuto il suo aberramento, farla rientrare nei confini di essa? Ma questa alternativa presuppone che il pericolo e la minaccia non sia già un male che crea nella società il diritto di difendersi, e nell'aggressore il dovere civico di sottomettersi alle restrizioni necessarie della sua libertà. La teoria dunque della esclusiva repressione

si fonda sulla ipotesi dello sgregamento sociale, e rinnega il concetto dell'organismo e del dovere civico: converte in presunzione assoluta la libertà cittadina, e la rende, non eguale e collaterale, ma anteriore e prevalente al concetto dello Stato.

Fondato il concetto che il pericolo e il timore ragionevole sono un male, come l'assenza di essi è un bene, anzi il sommo e il fondamentale dei beni, e quindi ha diritto alla sua tutela e alla sua difesa, l'azione preventiva è una conseguenza irrecusabile. Fondato il concetto dell'armonia della libertà coll'autorità, e dell'elemento individuale col sociale, e che la limitazione di quello è una condizione necessaria della armonica ed organica coesistenza di entrambi, la giustizia della prevenzione non ammette controversia.

Il problema del limite non può stare che in questo, nell'ammettere e presupporre e trattare la libertà come una forza buona in sè e utile per sè, onde non sia limitabile se non a fronte di un male attuale, evidente, immediato, o di un'intenzione o pericolo che equivalga ad esso per la perturbazione della pace e della sicurezza elevata a concetto di bene per sè stante. In ogni altro senso intesa la libertà conduce agli estremi dell'assoluta preponderanza di uno dei due elementi sull'altro, dacchè, se si ammette che la potenza dello Stato si estenda a limitare la libertà in tutto quello che può questa interessare lo Stato stesso, niente sfugge a questa potenza, avvegnachè nessun'azione, nessun moto della libertà è indifferente all'interesse dello Stato. Viceversa, se si nega allo Stato ogni funzione che abbia per risultato la limitazione della libertà, non gli si lascia nulla, quasi tutto riuscendo a una modificazione della libertà assoluta (1).

Dicevamo che questa azione negativa, la polizia, è inseparabile da ciascun ramo amministrativo. Ma v'ha una polizia che prende un carattere e un'importanza speciale quando si tratta della sicurezza stessa dello Stato, de' beni supremi della società, di quel che dicesi l'*ordine pubblico*, cioè la sicurezza della vita e della proprietà collettivamente considerate, quando è minacciata da cause volontarie. La prevenzione in questo ramo di amministrazione è quello che dicesi propriamente e tecnicamente *polizia,* ovvero si-

(1) V. la famosa discussione parlamentare del 18 dicembre 1878 e dell'aprile 1879, riferita dal PALMA (*Dir. cost.*, vol. 3). V. atti e discussioni parlamentari 18 maggio 1883.

curezza pubblica. La gravità *essenziale* degl'interessi minacciati e la natura indeterminata, incerta, paurosa delle cause perturbatrici, che risiedono nelle profondità della malevolenza umana, fanno elevare questa polizia a istituto speciale, così importante, che usurpa quasi esso solo il nome di tutta l'amministrazione, anzi del governo, dacchè polizia suona appunto governo, e in essa fu infatti nei governi assoluti quasi riassunto e compendiato tutto il nerbo dell'azione di Stato. Suo carattere specifico nell'azione è quella *discrezionalità* di potere che sfugge alla determinazione esatta dei casi e delle norme, ed oltre l'opera della legge e del regolamento lascia campo largo alla determinazione casuale e contingente del magistrato.

È in questo caso e per questa ragione che la quistione de' limiti tra repressione e prevenzione, più si fa manifesta e imponente: pur si risolve cogli accennati concetti. La negazione di ogni discrezionalità equivale alla presunzione di poter prevedere tutte le cause di perturbazione e tutti i mezzi, le garanzie, le forme da provvedervi nei singoli casi contingenti.

Ma questa discrezionalità stessa, che non può ricusarsi senza disarmare lo Stato nelle più gravi sue congiunture, non è senza freni, e ve n'ha due: l'uno, *a parte antea,* sono le leggi e i regolamenti che prevedono i casi e i rimedi e dettano le garanzie e le condizioni possibili all'azione dell'amministrazione contro gli ostacoli, secondo la frase del Rösler: l'altro, *a parte postea,* la responsabilità efficace del magistrato, interna ed esterna verso la società e verso gl'interessati.

La *polizia* nella sua parte o nel suo momento che vogliamo dire repressivo prende il nome di polizia *giudiziaria* quando serve a scoprire gli autori dei reati, a raccogliere le prove, e ad assicurare i rei alla giustizia: e così è detta in quanto essa si fa ausiliare del potere giudiziario (1), al quale poi spetta l'altra specie di vera e definitiva repressione colla punizione del colpevole e la reintegrazione dell'ordine sociale mediante la esemplarità della pena.

*Applicazioni.* — Volendo fare qualche prova ed applicazione dei principii divisati a' varii servigi pubblici enumerati di sopra, ci troveremo condotti alle seguenti conclusioni:

(1) Cod. pen., art. 56 e seg.

*Polizia e sicurezza pubblica.* — È attributo naturale dello Stato, come prova il fatto pressochè universale delle legislazioni, compresa l'inglese, che ora si travaglia a raccogliere in un *central board* le attribuzioni in questo ramo già proprie delle autorità locali. È impossibile l'abolire ogni facoltà discrezionale pe' casi contingibili; solo possibile e giusto disciplinarla da un canto con leggi e regolamenti quanto più si può specifici, e dall'altro col freno dei ricorsi e della effettiva e bene organizzata responsabilità dei magistrati investiti della delicatissima funzione.

*Tutela dei diritti.* — È raccomandata alla *polizia* generale e speciale e all'amministrazione della giustizia civile e penale. Vi hanno poi diritti che, per la loro speciale natura, esigono una speciale tutela come la proprietà scientifica, artistica, letteraria, industriale, cioè i *diritti d'autore,* e le *privative industriali.* Appartiene codesta tutela al potere di polizia, perchè la indeterminata e fuggevole natura dell'oggetto su cui cade la proprietà rende insufficiente la cura e la protezione privata ed esige la sorveglianza e la repressione dello Stato e l'intervento ausiliare delle autorità amministrative all'estero e all'interno.

*Culti.* — Non si può giuridicamente rifiutare allo Stato una *polizia ecclesiastica,* come di una parte importante, e la più, tra tutte, importante dell'ordine pubblico. Però, vista la incompetenza dello Stato in materia di fede, o di teorica religiosa, e il predominio manifesto nel campo di essa della libertà del pensiero e della coscienza umana, l'azione del potere amministrativo in questa parte deve oscillare tra il rispetto sommo alla libertà e alla coscienza e le esigenze dell'ordine morale e civile. Sotto il regime, come il nostro, della separazione, e della massima libertà della Chiesa e della indifferenza dello Stato alle nomine e agli atti interni dei magistrati ecclesiastici nell'ordine disciplinare, coll'abolizione del *placet regio,* dell'*exequatur,* dell'*appello ab abusu,* la polizia statuale è limitata alla esorbitanza dell'azione di essi dalla sfera religiosa nella sfera civile.

*Istruzione.* — Il regime amministrativo corrispondente ai principii sopra esposti è quello della massima libertà nell'ordine teorico, considerando che la manifestazione libera del pensiero sotto tutte

le forme è condizione per sè di progresso, e ordine naturale inviolabile. Le limitazioni incominciano là dove la scienza tocca o entra nel campo pratico e di applicazione, quindi le norme, le garantie, le condizioni e anche la parte attiva e cooperativa dello Stato o del comune nella istruzione elementare (veicolo potente di *socialità)* e nella istruzione *professionale* o preparatoria a questa. L'impero della libertà non è abolito anche in questo campo: esso è rappresentato dal *libero insegnamento* ammesso, a date condizioni, accanto all'insegnamento ufficiale.

La istituzione di scuole, di biblioteche, di musei, gabinetti e altri istituti teorici o d'applicazione ed artistici sono nella natural competenza dello Stato. Esso non può lasciare al criterio e al sindacato del cittadino che domanda l'opera professionale o scientifica l'apprezzamento della sua idoneità. Lo Stato gli deve fornire una garanzia, esso solo potendo disporre dei mezzi potenti intellettuali e materiali a constatare la idoneità, come a fornirla.

*Industria e lavoro.* — È qui dove è più difficile la quistione dei confini e l'applicazione dei principii e dove ferve più laboriosa l'opera delle leggi così dette *sociali.* Le più teoricamente enunciabili delle conseguenze de' premessi concetti sono queste: proscrizione di ogni impedimento alla libera intrapresa nel mondo del lavoro: condanna, *in massima,* de' *maximum* e delle *tariffe* nei prezzi o salari, di mete, calmieri, stabilimenti normali e simili spedienti di repressione: tutela della sanità e dell'igiene degli operai, p. e. colla determinazione della giornata di lavoro, massime nei lavori delle classi deboli, come donne e fanciulli: aiuto, incoraggiamento alla cooperazione, alla previdenza, al risparmio delle classi lavoratrici, massime colle scuole, colla diffusione dei lumi e dell'istruzione industriale e operaia: prevenzione e repressione di monopolii e privilegi. Questa la parte preventiva o tutelare. Per la azione positiva: escluso il lavoro dello Stato, tranne eccezioni di altissima necessità fiscale o sociale nella produzione agricola, nella forestale, mineraria, cioè l'ingerenza dello Stato comandata dagli alti interessi che esso ha pei bisogni della difesa e del pubblico commercio, della sanità e dell'alimentazione pubblica.

*Commercio.* — È consentanea ai nostri principii l'azione preventiva a togliere ostacoli al libero scambio, indi l'abolizione dei

monopolii, la tutela e promozione dell'attività commerciale coi mercati pubblici, colle vie di comunicazione, che lo Stato costruisce e mantiene in condizioni di agevolare il meglio possibile il transito delle persone e delle cose, e massime colla cura dei grandi mezzi di scambio, ferrovie, poste, telegrafi, telefoni. È consentanea altresì la tutela del credito, colla vigilanza sugl'istituti relativi e coll'alta direzione della circolazione fiduciaria, e la tutela della buona fede nelle contrattazioni, dove la sollecitudine del privato interesse è impotente e dove subentra un interesse pubblico, p. es., igienico o sanitario o economico nelle materie alimentari o medicinali.

*Opere pubbliche.* — Se lo Stato è un cattivo e un *incompetente* produttore e artefice nel mondo economico puramente privato, non gli si può negare però il diritto e il dovere di compiere da sè la parte di lavori, che si attiene al suo demanio: strade, porti, fiumi, edifizii e monumenti pubblici. Però anche in tale parte di lavoro esso emenda il vizio originale della sua incompetenza associandovi l'impresa privata, come si fa nella pratica delle amministrazioni mediante il sistema degli appalti, delle forniture, dei cottimi. Il che non solo è praticato nelle costruzioni e conservazione delle opere pubbliche, ma altresì nell'esercizio e conduzione delle medesime, p. e. delle ferrovie dello Stato. Se l'esercizio diretto dello Stato, o l'esercizio per appalto o per regia, o altro sistema misto sia quello che meglio convenga nei rispetti finanziarii, economici, amministrativi e anche politici, è questione complessa che più tocca ai principii di quelle scienze che a quelli della scienza del diritto (1).

*Spese voluttuarie.* — Una quistione poco trattata, ma che meriterebbe di esserlo davantaggio, è quella dei confini alle attribuzioni delle autorità e, sotto il riverbero finanziario, alle spese in materia voluttuaria, come di spettacoli, pompe, feste pubbliche, ricevimenti ed onorificenze ad ospiti illustri, monumenti o dimostrazioni di onore a personaggi benemeriti, incoraggiamento o premii ad artisti o alle arti amene e simili. Genericamente una facoltà di questo genere rientra nella cura di perfezionamento e di civiltà, la quale comprende quanto serve a far bella la vita, a rinfrancare

(1) Vedi la grave e diffusa discussione dell'argomento negli *atti parlamentari* della sessione 1885 per la legge sulle *convenzioni ferroviarie*.

gli spiriti, a rimunerare e incoraggiare le benemerenze sociali. Ma non si può negare nemmeno come questa azione dilungandosi più d'ogni altra dal vertice degli uffici dello Stato e risedendo nei più remoti gradi della scala degli uffici di conservazione o di ausilio, di civiltà e di progresso, debba essere ristretta nei più angusti confini e ridotta a quel minimo in cui lo scopo voluttuario si intreccia e si associa ad uno educativo. In questi casi stessi è poi richiesto come condizione necessaria che il vantaggio voluttuario sia veramente d'indole generale e sia effettivamente a tutti comunicabile. È facile l'osservare come da questi precetti si dilunghi in modo strano oggidì la pratica degli Stati e delle altre pubbliche amministrazioni, ad esempio quei contributi così abusati a teatri e istituti di pura ricreazione.

---

## SEZIONE QUARTA

# DELLE FORME DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

Il complesso delle norme del diritto pubblico che regola i modi di azione dell'amministrazione costituisce il diritto delle forme amministrative (1). Ogni norma essendo un diritto, la forma, regolata da norme, è anch'essa un diritto, e non dicesi *formale* se non per relazione ad un altro diritto o rapporto giuridico, cui accede come forma a materia, come accessorio a principale. Nel suo contenuto, la forma è un atto amministrativo, che accede ad un altro, di cui è garantia, determinazione o modalità.

Nei comuni trattati di diritto amministrativo trovasi quasi sempre una sezione delle forme (2). La si considera quale un accessorio delle autorità amministrative, come dal Dufour, o quale un accessorio degli atti suoi, come dal Macarel. Negli antichi trattati si intende per forma la giurisdizione, la procedura speciale, cioè il contenzioso amministrativo. Ma in questo senso ristretto, la parte delle forme sparisce coll'istituto della giurisdizione amministrativa. Rimane nel senso più largo, cioè di quello di modalità dell'azione puramente amministrativa, e allora non si può scompagnare dal diritto materiale, se non astraendola in una parte generale come nel sistema che noi seguiamo. In questo senso una trattazione generale delle forme amministrative fu inusitata sinora, se se ne eccettua un cenno del Manna (3). Noi la crediamo una ne-

---

(1) Per le forme in generale consultare il nostro *Sistema elementare del diritto*, cap. XIV.

(2) MACAREL, parte 3ª; ROMAGNOSI, parte 3ª; DUFOUR, parte 1ª.

(3) *Principii*, lib. II, sez. 4ª, § 4, *Rito e procedimento amministrativo*.

cessità per la logica e non cosa indifferente per lo sviluppo scientifico del diritto amministrativo.

Nel diritto amministrativo l'impero delle forme è più largo per la special natura del soggetto operante, che è l'ente, il quale non manifesta la volontà e non esplica l'azione sua se non per congegni formali, anzi non opera e non afferma la sua esistenza, nè è *capace,* se non per la rappresentanza e nelle forme determinate da legge.

Oltre le forme dell'azione giudiziale alle quali l'amministrazione pubblica partecipa come un privato, quando contende nell'arena giudiziale; oltre alle forme contrattuali che adopera alla pari della persona privata: i procedimenti suoi, nell'esplicazione della sua vita, sono più ricchi di forme, molte tracciate da legge, molte altre, in difetto di quella, dalle consuetudini. La quale abbondanza di forme, mentre importa il rigore in alcune, che son richieste come condizione delle azioni, lo dee temperare però in altre, che si richiedono a puro complemento, senza di che innumerevoli sarebbero i casi delle nullità, e grande l'imbarazzo e la lentezza nell'azione amministrativa.

La grande varietà delle forme amministrative si può guardare da molteplici aspetti. È opera della *parte generale* il classificarli.

Ogni forma deve avere la sua ragione d'essere, non solo perchè nel mondo del diritto, come d'ogni altra cosa, non si hanno da moltiplicare enti senza una necessità, o almeno un'utilità, che è una necessità relativa, ma perchè le forme sono accidentalità ed accessori, che non valgono se non quanto il bisogno della sostanza e del contenuto e dello scopo le faccia valere. Ora, una prima classificazione è appunto codesto scopo o ragione della forma.

La forma o è richiesta per fare esistere un atto amministrativo o per perfezionarne la sostanza, o per integrarlo, o infine per completarlo; quindi è o essenziale, o naturale, o integrale, o completiva. L'atto di una autorità amministrativa collegiale, p. e., non può esistere o concepirsi nemmeno senza la deliberazione del collegio. Ma, siccome il collegio non è bene rappresentato, se non quando concorre un numero sufficiente di persone, che la legge giudica necessario, la sua deliberazione non è integra se non concorre il numero legale dei deliberanti. La prima sarà forma essenziale, la seconda sostanziale. Ma questo atto medesimo, così esistente e sostanziato, è *integrato* dall'atto superiore che autorizza, approva

o constata. Talvolta anche l'atto non s'intende compiuto per ogni verso nè efficace se non viene notificato o pubblicato in certe forme complementari. Queste notifiche e pubblicazioni sono forme *complementari,* benchè altri le chiami anch'esse *integrali* dell'atto. Senza una deliberazione del consiglio, non esiste atto consiliare, senza un numero legale esiste, ma vizioso, senza l'approvazione esiste, ma è imperfetto, senza pubblicazione o notificazione esiste, ma non è completo.

In questo senso le competenze dell'autorità operante sono forme anch'esse *lato sensu* intese, quantunque, in senso più stretto, siano cosa distinta dalle forme, perchè riguardano l'elemento essenziale dell'azione amministrativa, che è il *soggetto attivo* di essa o la sua *capacità.* E quindi la ispezione della competenza riguarda più propriamente la prima sezione, cioè quella delle autorità amministrative. Infatti, se un'autorità usurpa le funzioni di un'altra, si può dire che non ci sia atto veramente amministrativo, piuttostochè mancare la forma dell'atto; pure, in ordine agli effetti, può la competenza riguardarsi come forma, e rientrare nella trattazione formale.

Questa prima distinzione delle forme dal rapporto della forma all'atto, si specifica specificandosi la ragione e lo scopo della medesima. La forma è voluta o per una ragione di pura necessità essenziale, o per una ragione di garantia, o per una ragione di prova: quindi un triplice ordine di forme analogo a quello duplice delle forme degli atti civili in diritto privato *ad substantiam* o *ad solemnitatem,* e *ad probationem,* dove però la forma sostanziale non è mai condizione di esistenza assoluta, come lo è nel diritto amministrativo.

Ripigliando l'esempio già dato in una deliberazione del consiglio comunale, la votazione è una forma di necessità; l'approvazione dell'autorità tutoria e tutte le altre *autoritative* o *abilitative* è di garantia; lo scritto in cui deve essere consegnata è di prova. Nei contratti dello Stato, il decreto del ministero o, in altri casi, p. e. di alienazione, la legge è di necessità; l'approvazione del consiglio di Stato e della corte dei conti, la formalità dell'asta pubblica sono di garantia; il verbale dell'atto è forma probatoria. Le forme elettorali contengono anch'esse il triplice ordine. Nella percezione delle imposte, sarà atto necessario la constatazione del debito fiscale *(il ruolo);* l'intimazione al pagamento, per dar luogo ai re-

clami, è una garantia del contribuente; la scritta di quietanza *(bolletta)* è forma di prova.

Le forme di garantia sono poi dettate o nell'interesse dell'amministrazione o dell'ordine pubblico, cioè di moralità, di sicurezza, di bene generale, o infine dei privati interessati.

E siccome tutte le funzioni o attività amministrative hanno forme, queste potranno classificarsi dal contenuto come quelle, e ci saranno forme elettorali, forme di polizia, forme fiscali (per l'esazione dell'imposte), forme civili o di contratti, forme di gestione o contabili, forme di sindacato o di vigilanza, forme di procedura contenziosa, forme deliberanti, forme esecutive, ecc. Le principali sono le contrattuali, le contabili, le contenziose.

Secondo la idea del *rapporto*, le forme si distinguono anche qui, come gli atti, in *interne* ed *esterne*, secondochè concernano relazioni tra ufficii e organi amministrativi, ovvero tra l'amministrazione e i privati. Egli è in questi ultimi rapporti che ha luogo, quanto alle forme, la suddistinzione della causa o interesse che sopra s'indicò. Anche le forme concernenti rapporti tra amministrazioni autonome e aventi personalità giuridica, quando concernono diritti patrimoniali, si riferiscono alle *esterne*.

Diversa è la distinzione tra forme *intrinseche* ed *estrinseche*, secondochè in esse si concreti un elemento essenziale, puta la capacità, il consenso dell'autorità amministrativa, ovvero siano esteriori all'atto stesso: distinzione però indifferente alla quistione degli effetti.

In ordine ad un medesimo atto amministrativo si potranno anche distinguere le forme secondo i momenti, in antecedenti, concomitanti, conseguenti, come nel caso esemplificato di una deliberazione consiliare saranno il permesso e l'intimo di convocazioni: la discussione e la votazione: la comunicazione all'autorità tutoria e la sua approvazione o il suo *visto*. Nelle spese dello Stato, forma antecedente è lo stanziamento in bilancio, forma concomitante il decreto del ministro, conseguente la registrazione del decreto alla corte dei conti e l'approvazione di questa.

Sono anche le forme di amministrazione, per il loro contenuto stesso, o *generali* e *complesse* o *speciali*. Il bilancio è la specie più spiccata delle forme complesse: delle speciali, cioè relative ai singoli atti amministrativi, altre sono *comuni* a tutti gli atti, o almeno a un ordine vasto di essi, puta la registrazione pei decreti ministeriali; altre *particolari* per una specie di atti.

Finalmente tra la varietà di forme si può comprendere anche il *termine*, come accessorio anch'esso di un atto o di un diritto relativamente al tempo.

Principe delle forme amministrative è il *bilancio*, che è l'atto complesso, preliminare dell'amministrazione, che contiene lo specchio dei mezzi e dei fini suoi *(introiti* e *spese)*; e la norma è legge fondamentale dell'amministrazione, e quindi demandato per la sua capitale importanza all'approvazione della stessa potestà legislativa in quanto allo Stato, e, in quanto ai corpi minori, alla prima rappresentanza deliberante sotto tutte le approvazioni e sanzioni gerarchiche (1).

Ci ha poi tutte le complicatissime forme della contabilità dello Stato per la percezione delle imposte ed esazione dei crediti, per la sicurezza e regolarità dei pagamenti, per la vigilanza e il sindacato sulle entrate e sulle spese. La vigilanza e il sindacato sul danaro pubblico tanto per la sua entrata nelle casse dello Stato, che per la sua uscita, forma l'oggetto e la materia della più grande istituzione dell'amministrazione dello Stato, centro, perno e garantia dell'avere pubblico, che è la corte dei conti; istituto tutto *formale*, che decide altresì, con propria giurisdizione, le controversie relative alla contabilità pubblica tra gli agenti contabili e lo Stato, e sulle garantie o cauzioni da essi fornite pel maneggio de' pubblici valori.

Questo per la vigilanza e pel controllo, forme cioè preliminari e consequenti. Altre forme regolano gli atti d'immediata gestione, che si riferiscono a spesa o entrata, e segnatamente alla formazione dei titoli di pagamento immediato del danaro pubblico *(mandati)*, alla garantia della verità e della giustizia dei pagamenti. Le ragionerie, e tutti gli altri svariati uffici che sono, sia nel ministero generale delle finanze, sia ne' particolari ministeri ed uffici, mettono in atto queste forme di garantia della buona amministrazione (2).

E siccome fonti e sbocchi al danaro dell'amministrazione sono principalmente i contratti, speciali forme sono dettate per questi. Oltre le forme del diritto comune richieste per la natura del con-

---

(1) V. legge sulla contab. dello Stato 17 febb. 1884, n. 2016; legge sulla corte dei conti 14 agosto 1862, n. 800; legge com., art. 109.

(2) Vedi leggi citate.

tratto, la legge prescrive forme speciali per regolare la rappresentanza dell'amministrazione contraente, e forme altresì di garantìa della buona fede e dell'interesse pubblico, p. e. le forme di pubblici incanti, dell'approvazione del consiglio di Stato o della corte dei conti (1).

Nè contenta la legge amministrativa di regolare con forme tutelari gli atti che sono la fonte degli obblighi dello Stato, e lo sbocco del danaro pubblico, ne vuol disciplinato ancora con forme speciali l'esercizio contenzioso dei diritti. A questo era diretta tutta la istituzione del contenzioso amministrativo. Questo abolito, ne avanzano però dei residui che sono competenze e forme speciali per la risoluzione di controversie in cui ha interesse lo Stato (2). A questo è pure diretta la istituzione dei tribunali amministrativi, o somiglianti, in cui ebbe risultato il tanto domandare che si fece di una *giustizia nell'amministrazione*. A questo volgono persino certe modificazioni delle comuni procedure, indotte da leggi amministrative, a pro della pubblica amministrazione, come quella che si contiene nell'art. 10 della legge sul contenzioso amministrativo, negli art. 72, 84 del codice di procedura civile, e varie disposizioni contenute nella legge sulla percezione delle imposte dirette (3).

Nel rimanente, l'amministrazione usa delle forme e procedure che sono nei codici e nelle leggi comuni della giustizia civile.

*Efficacia delle forme.* — L'applicazione delle specificazioni sopra esposte ai casi particolari di forme e di norme amministrative può dar luogo a gravi conseguenze. Si può disputare se una forma sia di essenza o di natura o di complemento; se di prova o di garantìa, e garantìa dell'interesse pubblico o dell'ordine pubblico o dei privati, o dell'uno e degli altri. La risoluzione di tali quistioni è quistione ermeneutica e da risolvere colle regole della interpretazione delle leggi, tratta dalle parole, dal contesto delle disposizioni, dalle analogie, dalla mente o ragione o scopo della legge, dalle fonti estrinseche o documenti della volontà legislativa e dalle presunzioni legittime in caso di dubbiezza.

---

(1) Citate leggi.

(2) Legge sul contenzioso amministrativo 20 marzo 1865, alleg. *E.*

(3) V. legge 21 aprile 1871, n. 192.

La efficacia delle forme varia secondo le specie e secondo le date distinzioni. La efficacia si riduce alla sanzione che è loro concessa, la quale può consistere nel rimedio amministrativo o giudiziario, in una pena disciplinare, in un'emenda de' danni, e principalmente nella inefficacia annessa alla omissione delle forme.

La inefficacia, in generale, di un atto accoglie tutta la gradazione, della inesistenza o della nullità *ab initio*, dell'annullabilità per certe cause preesistenti, della rivocabilità per cause sopravvenute (V. art. 1081, 1083, 1088 cod. civ.), della rescissione per difetto di causa o di buona fede, della risoluzione per mancate condizioni. Esclusa la rescissione per lesione o frode e la rivocabilità e la risoluzione, che non è evidentemente materia propria degli atti e delle forme amministrative, rimane a vedere della nullità o annullabilità. Questa sarà assoluta, se venga da omissione di forme essenziali o di forme naturali o completive prescritte nell'interesse dell'ordine pubblico; relativa, se da omissione di queste nell'interesse soltanto di una parte.

In prima influente alle quistioni degli effetti è la distinzione tra forme esterne ed interne. Le forme interne non recano seco che sanzioni amministrative, censure gerarchiche, o anche obbligo di risarcimento del magistrato o dell'agente amministrativo verso l'amministrazione pel danno prodotto, non mai eccezione o azione di nullità o altra a profitto di terzi interessati (1). Tale è l'obbligo, puta del sindaco di riferire alla prima adunanza del consiglio la sospensione degl'impiegati comunali (2).

Più grave è la quistione delle forme esterne. Qui accade la suddistinzione tolta dall'interesse. Imperocchè le forme che risultino prescritte nell'esclusivo interesse dell'amministrazione non creano diritti che ad essa, ai privati non possono, ancorchè interessati all'esistenza dell'atto, apportare altro che il reclamo amministrativo o contenzioso amministrativo. Quindi, anche allora che la omissione della forma importi la sanzione della nullità, questa sarà relativa, non assoluta, e l'atto sarà *claudicante*, ossia solo unilateralmente efficace. Azione o eccezione non potrebbe spettarne al privato

(1) Eccezione ora è fatta dalle riforme contenzioso-amministrative per le leggi 1889 e 1890.

(2) Legge comun., art. 118 e 131, n. 11. Vedi la monog. PASQUALI sulla *Rivista ammin.*, XXXII, pag. 81.

se non per forme che si potessero provare dettate nell'interesse suo proprio o nell'interesse di entrambi o di tutti, cioè di ordine pubblico (1).

Male dunque, a nostro avviso, ritenne il tribunale e la corte nulla la deliberazione a favore d'un impiegato licenziato, perchè nella deliberazione consiliare, che pur lo licenziò, presero parte alcuni suoi congiunti ed affini (2), o perchè non fu tenuta segreta.

Non sempre però dal solo *interesse* può argomentarsi l'azione di nullità, quando d'altronde non risulti: onde fu deciso, p. e., che il difetto d'intimazione al contribuente per la difesa orale non porti nullità della deliberazione delle commissioni d'imposte.

La nullità non si presume o deduce, ma deve essere dichiarata da legge, salvo le forme essenziali (3); onde anche le nullità amministrative sono *testuali* o *virtuali* secondochè siano espresse dalla legge, o derivino da mancanza di elementi che ne costituiscono la essenza.

Quando la forma sia osservabile a pena di nullità, e, se lo sia, di qual nullità, cioè se nullità radicale od *ab initio,* ovvero annullabilità o anche solo risoluzione dell'atto, è quistione ardua a risolversi con principii generali. Tutte le forme essenziali debbono certamente importare per loro natura la sanzione della nullità (4) assoluta e radicale, non potendosi nemmeno concepire come esistente l'atto senza le forme in cui si effettua. Quindi la nullità derivante dall'omissione di tali forme essenziali è insanabile, e l'atto con cui si supplisce alla loro omissione non è operativo retroattivamente se non in quanto per nuova condizione contrattuale siasi voluto che fosse (5). E anche il privato contraente, prima dell'esistenza di tali forme, non è vincolato, quando non fosse il caso in cui la sua volontà potesse valere come semplice pollicitazione (6).

---

(1) Codice proc. civ., art. 36, 57; *Arg.*, art. 137, 322, 325, 341: C. C. — Vedi Astengo, *Guida,* all'art. 150 della L. C., pag. 562, 1069; C. C. Firenze 8 maggio 1873 (*Annali,* VIII, I, 1, 329); C. A. Brescia, 15 dicembre 1869 (*Annali,* IV, II, 305), e in materia di contratti vedi C. C. Torino 19 giugno 1871 (*Legge,* XI, II, 312) e C. C. Roma 22 maggio 1876 (*Fôro it.*, II, 1170).

(2) Tribun. e corte di Roma, Carocci e comune di San Gregorio, 20 febb. 1885.

(3) Art. 56 pr. civ.

(4) Art. 56, 57 proc. civ.

(5) C. A. e C. C. Roma, causa comune di Roma e demanio, 20 ottobre 1885.

(6) L. 5 cod., *De pollicit.*

Anche le forme naturali importano nullità, se non inesistenza: nullità però che, pronunciata dall'autorità competente, si retrotrae al principio dell'atto distruggendone tutti gli effetti anche nati, e che non può essere sanata mediante conferma o ratifica, ma solo colla rinnovazione delle forme (art. 1310 C. C.).

In quanto alle forme *integranti* non può stabilirsi che la loro omissione importi la sanzione dello annullamento. Imperocchè possono esse essere divisate dalla legge come forme di garantia o di prova necessaria, e richieste a pena di nullità o d'inesistenza legale dell'atto. Così le forme elettorali sono di massimo rigore perchè sono richieste o a manifestazione della volontà degli elettori e a garantia od a prova e certezza della loro sincerità, quindi sono tutte d'ordine pubblico. Il perchè, quando si tratta di tali forme, è più che mai necessario il ricorso alla interpretazione della volontà legislativa.

In generale le forme naturali, quando si riferiscono alla capacità dell'amministrazione e sono necessarie ad integrare il suo consenso, come l'autorizzazione, p. es. per gli acquisti comunali, le approvazioni ed i visti dell'autorità tutoria, sono richieste a pena di nullità, ma non tolgono sin da principio la validità della deliberazione, sibbene ne sospendono come una condizione la efficacia; la loro mancanza però le risolve o le annulla retroattivamente, come il loro sopravvento le rende anche retroattivamente efficaci. Imperocchè senza di esse e prima di esse sussiste l'atto per la deliberazione della rappresentanza diretta dell'amministrazione, e le autorizzazioni e le approvazioni e, più ancora, i *visti* o semplici constatazioni di regolarità degli atti si debbono considerare come estrinseci e sopraccessori richiesti per maggiore garantia dell'ente, non a creare l'atto, ma a constatarne retrospettivamente la regolarità o la bontà intrinseca. Quindi ne risulta che il difetto di queste forme (a differenza delle essenziali), quando la cosa sia integra, può essere sempre *sanato*, e riparato senza doversi rifare l'atto da capo, e può essere rinunciato il diritto di fare opposizione, anche tacitamente (1), ed anzi non è deducibile il difetto dalla parte interessata, se non all'effetto o di negarsi allo adempimento sinchè la forma non sia adempiuta, ovvero di far prefiggere un termine

---

(1) Art. 56, 57 proc. civ.

all'amministrazione per la osservanza della forma stessa o lo scioglimento del contratto (1).

Quando poi si tratta di pure forme complementari che non si riferiscono alla capacità o tutela dell'ente amministrativo, ma solo a certi effetti consecutivi, come sarebbe per informare la gerarchia superiore o il pubblico delle disposizioni prese, l'atto rimarrà sempre valido, e solo sarà inefficace di fronte a colui che potrà provare essere stato pregiudicato dall'omissione di una formalità introdotta a suo favore. Il criterio generico pertanto per giudicare dalle forme integranti e completive in ordine alla validità o nullità sarà quello dell'interesse. La omissione o violazione delle forme importerà nullità assoluta o relativa, secondo che furono dettate a garantia dell'ordine e moralità pubblica, o di una parte.

La nullità però dovrà essere sempre richiesta ed eccepita, tranne il caso di nullità per ordine pubblico deducibile d'ufficio, ovvero d'inesistenza e d'incompetenza radicale.

Da questi principii sarebbe condannata quella giurisprudenza che ritenne nullo ed inefficace il licenziamento o il congedo d'un impiegato pubblico sino al visto prefettizio, o sino alla partecipazione della deliberazione della giunta a forma dell'art. 94, condannando il comune a pagare gli stipendi a quell'impiegato sino al giorno in cui tali formalità fossero esaurite (2).

E riprovate pure dagli anzidetti principii sarebbero quelle decisioni giudiziarie che ritennero nulli *ab initio* gli atti giudiziari di un comune prima dell'autorizzazione data dal consiglio al sindaco, sia per muovere, sia per sostenere una lite. Tali decisioni sono errate principalmente pel caso di lite passiva pel comune, perocchè il sindaco ha la vera rappresentanza ne' giudizi (art. 131, n. 9, della legge comunale); e l'esser convenuto in un giudizio è necessità di legge, non atto volontario del comune, di guisachè la assenza della deliberazione consiliare equivarrebbe al più a *contumacia*, che non libera il comune dalla condanna. Sono anco errate però nel caso in cui il comune sia attore, in quanto anche allora, sopravvenendo la deliberazione, l'atto del sindaco rimane sanato e

(1) Così fu deciso che un appaltatore non poteva più opporre il difetto di approvazione tutoria al contratto, dopochè avea già cominciato ed eseguito il contratto stesso (C. A. Aquila 10 febbraio 1869, *Giurisprudenza*, XXI, 2, 73).

(2) C. C. Roma, causa Andreuzzi e comune di Roma.

convalidato sin da principio; come, mancando, non è nulla, salvò la responsabilità (nell'uno e nell'altro caso) personale degli amministratori, che senza le debite approvazioni intentarono o sostennero la lite (art. 179 della legge).

Le nullità amministrative o i difetti di forma, come possono essere sanati per ratifica, conferma, o rinunzia nei casi e nelle condizioni suddivisate, possono essere anche tolte da prescrizione? E pel principio dell'art. 1300, le nullità concernenti la rappresentanza o competenza e la capacità non potrebbero essere prescritte con la prescrizione quinquennale, non mutandosi mai la condizione dell'ente amministrato, come muta quella del privato. Rimane quindi la prescrizione trentennale pel generale principio dell'art. 2135. Ciò peraltro nei rapporti d'azione privata. Nei rapporti di diritto o di ordine pubblico, niun tempo trovandosi da legge prescritto che valga a convalidare atti nulli per difetto di forma, non v'ha che un nuovo atto amministrativo che possa, anche retroattivamente, convalidarlo, salvo i diritti quesiti, se ve ne siano.

Delle forme probative quale sarà l'efficacia? In generale sarà quella medesima che delle prove civili, e cioè sarà da vedere se la prova sia richiesta, o semplicemente indicata dalla legge. Se indicata, ammetterà l'equivalente, e la sua perdita non porterà la perdita del diritto, come la sua esistenza escluderà ogni prova contraria perchè involge una presunzione di diritto. Se richiesta da legge, sarà la sua forma quella di una prova necessaria, cioè di una prova ad *solemnitatem*.

Si disputa se è egli tale lo scritto negli atti collegiali. La natura del subbietto, la impossibilità di un altro modo di prova, le frequenti disposizioni di legge che prescrivono o presuppongono, per esempio, all'art. 252 della legge comunale, la necessità dello scritto *(verbale)* inclinano all'affermativa opinione. Però non la riteniamo forma essenziale, e quindi pensiamo che possa essere sempre *supplita* o *sanata*, quando non ci siano termini fatali, o diritti quesiti o, che vale il medesimo, perenti.

Non diversamente dalle forme va la cosa per i *termini*.

Quantunque l'atto amministrativo non ammetta, come l'atto civile e giudiziario, così facilmente il termine fatale, potendo anche la stessa autorità revocare quando voglia gli atti suoi, tuttavia la legge stabilisce sovente termini per ricorsi da farsi contro gli atti delle autorità, come li stabilisce sovente alla emanazione degli atti

stessi (1). È da indagare la mente del legislatore, per ritrarne se il trascorso di questi termini importi la perdita del reclamo o la nullità dell'atto. E varrà anche qui il principio, che la *fatalità* dei termini (specie di nullità anch'essa) non s'abbia da presumere, ma debba essere dichiarata da legge, o almeno presupposta da essa, o con certezza dedotta. E ritornerà anche qui la quistione nell'interesse di chi sia posto il termine, se dell'amministrazione o dei privati, o dell'ordine pubblico, per inferirne a chi si conceda o a chi si neghi la eccezione del termine trascorso.

---

(1) Art. 379, legge sui lavori pubblici; art. 118, 161 della legge comunale. Vedi leggi sulle miniere, sulle espropriazioni, ecc.

FINE.

# PROSPETTO ANALITICO DELLE MATERIE

PREFAZIONE . . . . . . . . . . . . . . . . . . *Pag.* v

PRENOZIONI.

CAPO I. — Oggetto del diritto amministrativo . . . » 1

Il doppio momento della potestà pubblica, costituzione ed azione. — La triplice azione del potere: legislazione, giurisdizione, amministrazione. — Amministrazione nel senso proprio ristretto. — L'ordinamento e l'azione amministrativa. — Definizione del diritto amministrativo come diritto e come scienza. — Il diritto amministrativo nel senso largo e nel senso ristretto.

CAPO II. — Rapporti del diritto amministrativo colle varie scienze economico-giuridiche . . . . . . . » 3

Con quali scienze il diritto amministrativo abbia rapporti. — Rapporti del diritto amministrativo col diritto costituzionale — col giudiziario — coll'internazionale e diplomatico — colla scienza dell'amministrazione — colla economia politica — colla scienza politica — col diritto civile e commerciale.

CAPO III. — Il diritto amministrativo come diritto e come scienza . . . . . . . . . . . . . . . . . » 8

Se il diritto dell'amministrazione sia un vero diritto e una vera scienza. — Ragioni di dubitarne. — L'elemento *formale* e l'elemento *materiale* del diritto. — La loro proporzione. — L'elemento giuridico negli ordini amministrativi. — Parte regolamentare e parte giuridica nel diritto amministrativo.

CAPO IV. — Cenni storici del diritto amministrativo . » 10

Il diritto amministrativo come legislazione. — Quando sorge il diritto amministrativo come scienza. — Il diritto amministrativo presso i romani nel medio evo — nella rinascenza — nella scuola di Grozio e dei giureconsulti dello *jus naturæ*. — In Francia sotto l'antica monarchia — nell'epoca della grande rivoluzione — nella restaurazione. — Il sistema, la scienza e la letteratura del diritto amministrativo francese. — Il diritto amministrativo in Belgio —

in Inghilterra — in Germania. — Legislazione, scienza e letteratura del diritto amministrativo in Italia.

CAPO V. — Fonti del diritto amministrativo . . . . *Pag.* 19

Quali sono le fonti del diritto amministrativo. — Fonti dottrinali. — La consuetudine. — La scienza e le sue manifestazioni. — Fonti ausiliari. — Fonti legislative.

CAPO VI. — La codificazione del diritto amministrativo » 20

Varie sentenze sulla questione. — Difficoltà della codificazione. — Nostra opinione.

CAPO VII. — Metodo e partizione del diritto amministrativo . . . . . . . . . . . . . . . . » 21

Classificazione de' sistemi: — 1. Il sistema fondato sugli elementi dell'azione sociale: soggetto, oggetto, forme. — 2. Sul campo dell'azione amministrativa, cioè sul territorio e sugli scopi. — 3. Sulla diversa qualità degli agenti amministrativi. — 4. Sugli elementi del diritto privato. — 5. Il sistema misto. — Critica del 3° sistema — del 4°. — Dichiarazione. — Si preferisce il criterio dello scopo. — Se debba entrarvi come prevalente o come subordinato. — Critica del 5° sistema. — Metodo e programma della trattazione.

PARTE PRIMA O GENERALE.

SEZIONE PRIMA.

**Principii e fondamenti.**

CAPO I. — La nozione dello Stato . . . . . . . . . *Pag.* 27

Necessità e ragione dell'indagine. — I varii significati della parola *Stato*. — Analisi e definizione del concetto. — Concetti *affini*. — Lo Stato organico. — Triplice concetto o significazione dello Stato.

CAPO II. — I sistemi circa l'idea e il fine dello Stato . » 30

Formula del problema. — Origine storica del problema. — Classificazione de' sistemi. — Sistema del minimo o *individualista*. — Sua origine. — Sua critica. — Sistema del massimo o *socialista*. — Sua origine. — Sue basi filosofiche. — Sue forme. — Sua critica — ne' principii — nel concetto della sovranità popolare — nel concetto della eguaglianza sociale. — Critica nelle conseguenze in ordine alla idea dello Stato alla storia dello Stato — alla pratica dello Stato. — Sistemi medii, — loro carattere generale. — Sistema del Dupont White. — Sistema degli economisti moderni. — Formula de' varii sistemi in ordine al fine dello Stato.

CAPO III. — Il fine dello Stato . . . . . . . . . . *Pag.* 39

Avvertenza preliminare. — Prova negativa del sistema economico. — Prova positiva. — Formula del fine. — Svolgimento della formula: le varie ragioni di fini o di beni in ordine ai soggetti. — Il bene comune o pubblico. — Qual bene sia lo scopo dello Stato — e in quale *intensità*. — Scopo intrinseco ed estrinseco. — Sintesi della formula. — Suo confronto colle altre. — Fini dello Stato e ufficii dello Stato. — Enumerazione degli ufficii. — Azione di tutela e azione di perfezionamento, loro indole ausiliare e suppletiva.

CAPO IV. — I poteri dello Stato . . . . . . . . . » 44

Transizione e tema. — Unità e indivisibilità della sovranità. — Varietà delle facoltà o funzioni dei poteri. — La divisione duplice, e la triplice. — Critica della prima. — Potere costituente. — Dimostrazione della triplice distinzione. — Transizione.

CAPO V. — I limiti tra i poteri. Il legislativo e l'esecutivo. I regolamenti . . . . . . . . . . . » 46

Importanza della teorica dei limiti. — Il potere esecutivo è indipendente dal legislativo? — Nel concetto. — Nella sfera d'azione. — Formule volgari sui limiti tra legge e regolamento. — Loro critica. — Criterio assoluto. — Criterio relativo, limite del regolamento. — Se il regolamento può derogare, correggere, interpretare la legge. — Se può supplire alla legge. — Eccezione della delegazione del potere legislativo. — Eccezione dell'urgenza.

CAPO VI. — Limiti tra il potere legislativo e il giudiziario . . . . . . . . . . . . . . . . . . » 55

Criterio dei limiti tra il potere legislativo e giudiziario.

CAPO VII. — I limiti tra il potere giudiziario e l'esecutivo . . . . . . . . . . . . . . . . . » *ivi*

Transizione e importanza della trattazione.

*Art.* 1. — I criterii dei limiti . . . . . . . . . . » *ivi*

Criterii volgari dei limiti, che dicono appartenere all'autorità esecutiva o alla giudiziaria l'esecuzione delle leggi secondochè: 1° avvenga *de plano* o con ostacoli; — 2° si applichi al diritto privato o al diritto pubblico; — 3° avvenga in forma *graziosa* o *solenne*. — Critica di queste formule. — Criterio più usitato e comune «*interesse* e *diritto*».

*Art.* 2. — Il contenzioso amministrativo. Cenno storico » 57

Transizione. — Nozione del contenzioso amministrativo. — Confusione empirica del potere amministrante e giudicante. — Divisione materiale dei poteri, presso i romani — negli Stati medioevali — nei parlamenti e senati di Francia e Italia. — Indipendenza dei

due poteri nella costituente — nelle leggi repubblicane. — Prima legislazione del contenzioso amministrativo. — Il contenzioso amministrativo negli Stati italiani. — Reazione della dottrina in Francia — in Italia. — Abolizione del contenzioso nelle riforme del 1865 — e nelle seguenti.

*Art.* 3. — Il contenzioso amministrativo. Teorica e legislazione . . . . . . . . . . . . . . . . *Pag.* 6[illegible]

Critica del sistema dell'amministrazione giudicante. — Critica del contenzioso amministrativo. — Natura della istituzione. — Contenzioso amministrativo nel senso largo — nel senso ristretto. — Argomenti in favore del contenzioso amministrativo. — Esame di questi. — Critica del contenzioso, dal lato costituzionale — giuridico — giudiziario — storico. — Unità della giurisdizione. — Sunto della legge 1865.

*Art.* 4. — Atti di gestione e atti di governo . . . . » 70

Transizione e tema. — Argomenti per difendere il contenzioso negli atti di governo. — Risposta.

*Art.* 5. — Criterio dei limiti tra amministrazione e giurisdizione . . . . . . . . . . . . . . . . » 71

Transizione e tema. — L'art. 4 della legge 20 marzo 1865, alleg. *E*. — In qual senso l'autorità giudiziaria giudica degli effetti dell'atto e non dell'atto. — Se può *conoscere* dell'atto per *giudicare* sugli *effetti*. — Essa può conoscere della *legittimità* dell'atto. — Non può revocare nè modificar l'atto. — Ragione e critica di questa disposizione. — In che senso l'autorità amministrativa debba uniformarsi al giudicato. — Se l'autorità giudiziaria possa conoscere del valore *amministrativo* dell'atto. — Se possa opporsi all'esecuzione dell'atto: articolo 5 della citata legge.

*Art.* 6. — Analisi dell'atto amministrativo. Legittimità e merito. Incompetenza, eccesso, abuso . . . . » 76

Transizione e tema. — Legittimità e merito dell'atto amministrativo e vizii opposti, cioè incompetenza, eccesso, abuso. — Competenza o incompetenza dell'autorità giudiziaria a conoscere di questi diversi elementi o vizii dell'atto. — Dubbi che possono sorgere nella questione quando trattisi di eccesso e quando di abuso.

*Art.* 7. — Altro criterio subalterno di limiti. Il chiesto ed il dovuto . . . . . . . . . . . . . . . . » 83

Transizione, tema e sua importanza. — La competenza dev'essere giudicata dal domandato e non dal dovuto. — Se la distinzione è possibile, e in quanto sia.

*Art.* 8. — Interesse e diritto . . . . . . . . . . . *Pag.* 85

Transizione. — Nozione del diritto e dell'interesse e loro differenza. — Critica della formula *interesse* e *diritto* per decidere la quistione di competenza. — Sua dichiarazione. — Criterii subalterni per decidere se si tratti di diritto, e cioè, se esista una legge — se vi sia consacrata facoltà con obbligo corrispondente — o se trattisi di sole norme interne d'amministrazione. — Criterio dello *scopo*. — Distinzione della lesione del diritto dalla limitazione e modalità del diritto.

*Art.* 9. — Applicazione dei criterii . . . . . . . . » 89

Transizione. — Applicazione: 1. Agl'impiegati. — 2. Alle imposte. — 3. Alle occupazioni d'urgenza. — 4. Alle acque pubbliche. — 5. Alle usurpazioni di possesso. — 6. Alle autorizzazioni e licenze. — 7. Alle misure di polizia. — 8. Agli atti di governo, di politica, di guerra. — 9. Alle azioni possessorie. — Se competa azione possessoria contro gli atti amministrativi.

CAPO VIII. — La giurisdizione e la procedura in cause di limiti. Conflitti di attribuzioni . . . . . . » 96

*Art.* 1. — Nozione del conflitto e sistemi . . . . . » 97

Nozione e specie del conflitto. — Differenza della questione del conflitto dalla questione del contenzioso amministrativo. — I varii sistemi per la risoluzione de' conflitti. — Doppia questione relativa ai conflitti.

*Art.* 2. — Cenno storico . . . . . . . . . . . . » 98

Considerazione generale. — Conflitti di giurisdizione presso i romani. — Negli Stati medioevali e nei comuni. — Origine del conflitto in Francia. — Le leggi dell'anno VIII — del 1848. — Costituzione del 1862. — Riforma del 1872. — Opinione de' giureconsulti in Francia — in Italia. — Legislazioni italiane sui conflitti. — La legge del 1865 — del 1877.

*Art.* 3. — Teoria dei conflitti . . . . . . . . . . » 102

Genesi storica de' conflitti. — Ragioni per l'istituto de' conflitti. — Critica degli argomenti. — Il conflitto non è una questione pregiudiziale di competenza. — Il conflitto si riduce a una quistione giuridica di merito, cioè di pertinenza d'azione. — Anche fosse quistione pregiudiziale, sarebbe di competenza giudiziaria. — Critica del sistema de' conflitti in genere. — Critica del sistema del tribunale misto. — Critica del sistema parlamentare. — Del sistema della cassazione. — Conclusione.

*Art.* 4. — Legge e procedura dei conflitti . . . . . » 109

Sistema legislativo sui conflitti prima e dopo del 1865, fra quali autorità possano sorgere. — Di quante specie possano essere. — Chi

può sollevare il conflitto. — Contro quali magistrati. — In quali cause. — In quali termini. — Con quali forme. — Ultima legge del 31 marzo 1877.

Capo IX. — Giustizia nell'amministrazione . . . . . *Pag.* 112

Precedenti delle ultime riforme. — Cenno del sistema austriaco e prussiano. — Sunto delle ultime leggi italiane del 1889 e 1890. — La questione della giustizia amministrativa. — I varii sistemi. — La formula dell'*interesse* e *diritto*. — Applicata ai rapporti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa. — La formula dei diritti *subiettivi* pubblici. — Dei varii subietti di diritti pubblici: *a)* Stato; *b)* frazioni organiche; *c)* organi dell'amministrazione; *d)* funzionari; *e)* cittadini. — Se tutte le facoltà derivanti da diritto pubblico costituiscano diritto. — Condizioni del diritto. — Condizioni dell'esercizio del diritto per azione. — Applicazione dei principii alla materia delle leggi 1889-90. — Distribuzione di essa in tre gruppi. — Residui giurisdizionali. — Interessi occasionali lesi da atti amministrativi illegittimi. — Interessi occasionali lesi da atti ingiusti. — Se sia vero che si tratti d'interessi. — Epilogo: Annotazioni alle leggi recenti.

Capo X. — Degli atti amministrativi. Loro qualità ed efficacia . . . . . . . . . . . . . . . . » 146

Transizione. — Nozione dell'atto amministrativo. — Atti generali e speciali, regolamento e provvedimenti. — Loro varie specie e denominazioni. — Caratteri dell'atto amministrativo — in confronto all'atto giudiziario. — Efficacia giuridica dell'atto amministrativo. — Elementi e sfera di azione dell'atto — se dagli atti amministrativi si dia azione civile. — Quando le leggi amministrative procurino azioni civili ai privati. — Quando la producano gli atti amministrativi. — Quando i regolamenti s'intendano sanzionare un diritto civile all'amministrazione e al privato. — Le *populares actiones* e gl'interdetti romani. — Se si diano azioni popolari nel diritto moderno. — Condizioni che si richiedono e criterii. — Applicazione ai regolamenti sui diritti od usi civici. — Varie opinioni sulla questione. — Distinzioni da farsi. — Natura giuridica degli usi civici. — Obbiezioni e risposte. — Quistioni pratiche che possono insorgere. — Se l'azione civile per la osservanza de' regolamenti possa darsi contro la stessa autorità amministrativa. — Se l'autorizzazione amministrativa tolga l'azione contro il privato danneggiante. — In quali casi si dà azione contro l'amministrazione per effetto dei suoi regolamenti. — Se debba ammettersi la azione civile per regola. — Se il reclamo escluda l'azione civile.

## Sezione seconda.

## L'azione amministrativa in ordine ai soggetti.

Capo I. — Amministrazione generale e locale . . . . *Pag.* 161

Doppio senso di questa distinzione. — Illustrazione speculativa della medesima. — Nasce dal concetto dello stato organico. — Illustrazione storica. — I governi orientali — i greco-romani — i medioevali. — Progresso di unificazione in Francia — in Italia. — Riassunto.

Capo II. — La questione del decentramento . . . . » 166

Transizione. — Doppio senso della quistione. — Doppio capo di ciascuna. — Decentramento *burocratico*. — Argomenti pro e contra. — Soluzione. — Decentramento *amministrativo*. — Prima quistione: della tendenza. — Argomenti pro e contra. — Seconda quistione: del limite. — Criterio di Tocqueville: accentramento in politica, decentramento in amministrazione. — Esame di questo criterio. — Criterio dedotto dall'unità dello Stato e sua critica. — Criterio dedotto dagl'interessi. — Interessi generali *essenziali*. — Interessi generali *accidentali*. — Interessi particolari, pure essenziali e accidentali. — In quali interessi cade la legge del decentramento. — Intrecci e riverberi tra gl'interessi generali e locali.

Capo III. — La personalità giuridica delle amministrazioni pubbliche . . . . . . . . . . . . . . » 173

I varii aspetti dell'amministrazione pubblica. — Se le varie parti o rami di un'amministrazione pubblica costituiscano persone giuridiche distinte. — Argomenti per l'affermativa. — Soluzione negativa della quistione. — Unità giuridica dell'amministrazione pubblica. — Eccezioni ed esempi di amministrazioni autonome. — Enti misti, università. — Se gl'istituti di pubblica utilità siano da considerarsi come amministrazioni pubbliche.

Capo IV. — Perpetuità o successione delle amministrazioni pubbliche . . . . . . . . . . . . . . » 179

Transizione. — Successione delle amministrazioni in caso di mutazioni politiche formali. — Trasmissione delle obbligazioni, e suo principio giuridico. — Successione e trasmissione in caso di mutazioni politiche sostanziali o annessioni. — Diritto pubblico italiano sulla materia. — Successione in caso di mutazioni amministrative, sia interne ad una sola amministrazione, sia esterne, cioè tra amministrazioni diverse.

CAPO V. — La gerarchia amministrativa, ossia i funzionari pubblici . . . . . . . . . . . . . . Pag. 183

*Art.* 1. — Nozioni e classificazioni . . . . . . . . » *ivi*

Transizione. — Nozione del funzionario. — Classificazione. — Prospetto della materia relativa ai funzionari.

*Art.* 2. — Rapporto giuridico del funzionario coll'amministrazione . . . . . . . . . . . . . . . » 186

Importanza della quistione. — Esiste un rapporto. — Qual sia. — Ipotesi: 1. È solo morale o politico. — 2. Di solo diritto pubblico. — 3. Di diritto civile, ma *sui generis*. — 4. Locazione d'opera. — 5. Mandato. — 6. L'uno e l'altro secondo la varietà delle funzioni. — Soluzione. — C'è un rapporto — morale e politico, ma anche giuridico — di diritto pubblico, ma in qual senso. — Unità del diritto, varietà secondo la proporzione del doppio elemento, libertà ed unità. — Diritto pubblico, nel senso soggettivo, per la persona — nel senso obiettivo, per la *ratio legis*. — Partizione romana. — Riassunto: triplice senso del diritto pubblico: soggettivo — oggettivo — misto, ossia diritto ordinario dello Stato — diritto civile speciale — diritto politico o singolare. — Il rapporto fra l'amministrazione e il funzionario è di diritto civile speciale. — Se possa dirsi un rapporto *sui generis*. — Ipotesi della locazione d'opera e del mandato. — Unità tipica dei contratti, e quindi analogie e varietà tra le loro specie. — Avvertenza che ne discende in ordine alla quistione. — Confronto tra la locazione di opera e il mandato. — Analogie negli estremi *sostanziali*. — Differenze nelle accidentalità dei medesimi estremi, cioè — consenso — opera — retribuzione. — Analogie e differenze *conseguenziali*, cioè in ordine alla personalità — delegabilità — rinunciabilità — responsabilità diretta — responsabilità indiretta. — Differenza caratteristica, la rappresentanza. — Riassunto de' rapporti e delle differenze fra i due contratti. — Applicazione agli uffici pubblici. — Distinzione tra ufficii di rappresentanza e senza rappresentanza. — Prevalenza del mandato ne' primi, della locazione nei secondi. — Dimostrazione analitica. — Obiezione e risposta. — Dimostrazione sintetica, dall'idea dello Stato. — Conclusione.

*Art.* 3. — Formazione del funzionario pubblico . . . » 200

Transizione. — Condizioni per l'ammissione. — Condizioni intrinseche, cioè: 1. Cittadinanza — se basti naturalità per decreto. — 2. Capacità e questa, *a*) morale — opinioni religiose e politiche — *b*) intellettuale, e sue varie specie — *c*) fisiologica, o sesso. — Condizioni estrinseche, e cioè: — 1. Forme o modi di ammissioni che sono: *a*) eredità e venalità degli ufficii — *b*) alunnato e volontariato — *c*) istituti governativi — *d*) l'elezione popolare — *e*) la

nomina personale, sia diretta — sia per concorso. — Promozioni o avanzamenti. — 2. Giuramento: obbiezioni.

*Art.* 4. — Diritti dei funzionari pubblici . . . . . *Pag.* 207

§ 1. — Nozioni generali . . . . . . . . . . . » *ivi*

Transizione. — Se il funzionario acquisti un diritto alla funzione e di quale ordine, se pubblico o privato — e di quale specie: se personale o anche reale.

§ 2. — Durata della funzione pubblica . . . . . » 210

Stabilità amministrativa, ragioni ed eccezioni. — Sistemi della temporaneità. — Temporaneità giuridica, e ragioni. — Facoltà di licenziamento secondo i regolamenti. — Inamovibilità.

§ 3. — Stipendio . . . . . . . . . . . . . . » 213

Transizione. — Nozione dello stipendio. — Gravità della materia. — Sistemi sulla retribuzione degl'impiegati. — A carico di chi la retribuzione debba stare. — Accessorii dello stipendio. — Lo stipendio dev'essere fisso. — Misura degli stipendi. — Proporzionalità degli stipendi. — Sufficienza degli stipendi.

§ 4. — Pensioni . . . . . . . . . . . . . . . » 215

Nozione della pensione. — Pensione di grazia e pensione di giustizia. — Materia delle pensioni. — Ragione della pensione. — Obbiezioni. — Natura giuridica della pensione. — Metodi e sistemi. — Condizioni, e cioè: 1. Titolo — 2. Collocamento a riposo — 3. Ritenuta — 4. Servizio effettivo. — Misura: sua base, limite, aliquota. — A chi spetta la pensione. — Condizione per la vedova e pei figli. — Se il diritto alla pensione della vedova e dei figli competa loro *jure proprio* o *ex capite patris*. — Se lo Stato possa compensare il debito di pensione verso la famiglia col credito che abbia verso l'impiegato. — Perdita della pensione. — Privilegi relativi alla pensione. — Divieto della cessione e del sequestro. — Competenza in materia di pensioni. — Procedura.

*Art.* 5. — Doveri dei funzionari pubblici . . . . . » 226

Doveri verso l'amministrazione: residenza, assiduità. — Divisione degli affari. — Incompatibilità, o *cumuli*. — Estensione degli obblighi d'ufficio. — Competenza a giudicarne in caso di controversia. — Imparzialità. — Prudenza e segreto. — Subordinazione. — Doveri verso i cittadini.

*Art.* 6. — Della disciplina . . . . . . . . . . . » 229

Nozione della disciplina. — Sanzioni amministrative e loro applicazione. — Competenza del giudizio disciplinare. — Reclamo contro la pena disciplinare. — Se il processo giudiziario pregiudichi il processo disciplinare. — *Quid* se questo sia stato sospeso in attenzione di quello.

*Art.* 7. — Cessazione de' funzionari pubblici . . . . *Pag.* 231

Modi penali e non penali. — Temporanei o definitivi. — Aspettativa. — Disponibilità. — Congedo. — Collocamento a riposo.

*Art.* 8. — Responsabilità de' funzionari pubblici . . » 232

Nozione della responsabilità. — Le varie specie di responsabilità, in ordine ai soggetti — secondo le sanzioni. — Interna od esterna. — Diretta e indiretta. — Responsabilità ministeriale o politica. — Responsabilità interna de' funzionari, e competenza relativa. — Responsabilità esterna amministrativa: sua sanzione, il reclamo. — Se il reclamo pregiudica l'azione giudiziaria. — Responsabilità civile de' funzionari. — Sua ragione morale e giuridica. — Diritto romano. — Giurisprudenza. — Della garanzia e autorizzazione preventiva. — Cenno storico. — Ragioni pro. — Ragioni contra. — Limiti della libera responsabilità de' funzionari. — Responsabilità de' funzionari giudiziari. — Se la garanzia competa anche per l'azione civile. — Se quando è attrice la stessa amministrazione. — Se finito l'ufficio. — Se competa al magistrato convenuto in rappresentanza dell'amministrazione. — Se per gli eccessi ed abusi. — In quali atti e in quale rappresentanza compete al sindaco. — Procedura. — Quistione dell'ubbidienza gerarchica. — Opinione che nega la responsabilità de' funzionarii esecutori. — Argomenti morali, giuridici, legislativi pel sistema contrario. — Ragione politica. — Limiti della responsabilità del funzionario esecutore. — Se sia ammissibile nel caso d'incompetenza, d'eccesso, di violate forme, d'ingiustizia evidente.

CAPO VI. — La responsabilità delle amministrazioni pubbliche . . . . . . . . . . . . . . . . . . » 246

*Titolo* 1. — La responsabilità delle amministrazioni pubbliche in generale . . . . . . . . . . . . » *ivi*

Transizione. — Importanza ed estensione del tema. — Responsabilità interna ed esterna — amministrativa e giudiziaria — diretta e indiretta — contrattuale, penale, semi-penale. — Se la responsabilità diretta possa commettersi per quasi delitto.

*Titolo* 2. — Della responsabilità indiretta delle amministrazioni pubbliche . . . . . . . . . . . » 248

*Art.* 1. — Difficoltà della quistione . . . . . . . . » *ivi*

Transizione. — Gravità del tema. — Cause della confusione. — Programma della trattazione.

*Art.* 2. — Storia e stato della quistione . . . . . . » 249

Sistema della irresponsabilità dell'amministrazione. — Sistema della responsabilità in massima. — Sistema del Gabba. — Sua critica. —

Sistemi distinguenti — *a*) tra contratti e quasi delitti — *b*) tra funzioni demandate dalla legge e demandate dal governo — *c*) tra atti nell'interesse dell'amministrazione e atti nell'interesse dei singoli — *d*) tra la persona politica e la persona civile dello Stato. — Alla divergenza de' principii non corrisponde quella delle conseguenze o delle applicazioni. — Casi varii decisi nella giurisprudenza — e specialmente quello dei depositi giudiziarii.

*Art.* 3. — I ristretti termini della quistione . . . . *Pag.* 260

Si elimina la quistione della responsabilità contrattuale e diretta. — Doppio caso in cui tale responsabilità si commette. — Di nuovo del caso dei depositi giudiziarii. — E di altri casi di responsabilità contrattuale. — Termini ultimi della quistione sulla responsabilità indiretta. — Indagini per risolverla.

*Art.* 4. — La natura del rapporto institorio . . . . » 263

Responsabilità indiretta per causa degli animali o delle cose nostre. — La stessa pel fatto dei dipendenti. — Responsabilità per diritto romano nei quasi delitti; sua ragione, sua base. — Altri casi di responsabilità indiretta: l'*actio exercitoria*, l'*actio institoria*. — Se siano casi di eccezione. — Teoria che ne risulta, e sua ragione. — Responsabilità per fatti illeciti degli agenti. — Teoria del codice francese e sue differenze dalla romana. — Fondamento della responsabilità indiretta per diritto civile. — Se sia applicabile per analogia.

*Art.* 5. — Se la responsabilità indiretta convenga ad un ente morale . . . . . . . . . . . . . . » 271

Ragione di dubitarne. — L'indole dell'ente morale non vi ripugna. — Principii del diritto romano sulla materia. — Dottrina dei pubblicisti e giureconsulti recenziori. — Giurisprudenza moderna. — Obbiezione del Merlin dalla legge 15, § 1 ff., *De dol. mal.*

*Art.* 6. — Se la responsabilità indiretta convenga alla natura specifica dello Stato e delle altre pubbliche amministrazioni . . . . . . . . . . . . » 276

Nostra tesi. — Lo Stato vive anch'esso nel diritto; responsabile quindi della trasgressione. — Non osta che il suo diritto sia d'ordine pubblico. — Lo Stato si organizza e vive per l'istituto della rappresentanza, quindi anche del rapporto institorio. — Se questo sussista sia nel caso dei funzionarii diretti, sia degl'indiretti. — Esame delle obbiezioni. — Obbiezione della mancanza di duplicità nelle persone: Stato e funzionario — dall'essere il rapporto della funzione pubblica di diritto pubblico e non privato — dall'operare lo Stato per mandato necessario — dall'operare il funzionario per virtù di legge, e non per mandato dello Stato — dall'operare lo Stato per interesse pubblico. — Esame della teorica distinguente

la doppia personalità politica e civile dello Stato. — La persona dello Stato è una — è tutta investita dal diritto. — Varietà degli scopi e delle funzioni solo storica ed accidentale — e priva di fondamento giuridico. — La responsabilità indiretta si argomenta a pari della responsabilità diretta. — Si argomenta *ab absurdo*. — Le conseguenze della teoria distinguente. — Obbiezioni politiche. — Autorità del diritto romano — dei giureconsulti e dei pratici recenziori della giurisprudenza forense. — Si risponde all'esempio dell'Inghilterra e dell'America. — Esame del sistema del Gabba. — Conclusione.

*Art.* 7. — Condizioni della responsabilità indiretta delle amministrazioni pubbliche . . . . . . . . . *Pag.* 295

Triplice condizione. — Prima condizione, l'incarico. — Dev' essere stabile. — Applicazione agli operai, appaltatori, fornitori dell'amministrazione — agl'impiegati — agli agenti diplomatici — ai rappresentanti diretti — ai magistrati giudiziarii — ai professori — agli uscieri dei tribunali. — Se si possa modificare la responsabilità indiretta dell' amministrazione in forza di un regolamento. — Applicazione agl'inconvenienti postali — e agli errori telegrafici. — Seconda condizione: fatto illecito. — Omissioni, gradi di colpa, delitti — il fatto dev' essere lesivo di un diritto. — Se il principio *qui jure suo utitur* etc. sia condizionato o assoluto. — Differenze della indennità dal compenso. — Semplici interessi lesi. — Irresponsabilità degli atti legislativi — degli atti giudiziarii — degli atti del pubblico ministero e dei cancellieri — degli uscieri — degli insegnanti — degli atti amministrativi discrezionali. — Distinzione della colpa dal caso fortuito e dalla forza maggiore: casi varii: — *Quid* se col fatto illecito del funzionario concorre la colpa del terzo offeso. — Terza condizione, che il fatto sia commesso nell'esercizio delle funzioni. — Prova della condizione. — Criterio per applicarla. — Opinioni varie e giurisprudenza. — Nostra teoria sulla materia. — Applicazioni varie. — Donde si debbano rilevare i limiti delle funzioni.

*Art.* 8. — Limiti ed effetti della responsabilità . . . » 315

La responsabilità indiretta è solo civile, non penale. — Se è solidale o no. — Se è principale o secondaria. — Se si estenda al fatto dei sub-agenti. — Se si ammetta a favore dell'amministrazione la prova della sorveglianza usata. — Il diritto al rimborso. — Se si debba aver riguardo al grado di colpa. — Conclusione speciale sulla responsabilità indiretta dell'amministrazione. — Conclusioni generali su tutta la materia della responsabilità nei rapporti del diritto pubblico amministrativo.

## SEZIONE TERZA.

## L'azione amministrativa in ordine agli oggetti.

*Titolo* 1. — Oggetti aventi ragione di mezzi indiretta . *Pag.* 321

CAPO 1. — Proprietà pubblica . . . . . . . . . . » 322

*Art.* 1. — Concetto generale . . . . . . . . . . . » 323

Demanio e patrimonio.

*Art.* 2. — Cenni storici sulla proprietà pubblica . . » 324

Presso i romani. — *Res publicæ et communes.* — Doppia specie della *res publicæ.* — *Aerarium* e *fiscus.* — Sotto i barbari: allodio, feudo, *dos coronae.* — Regalie. — *Demanium.* — Beni comunali sotto la feudalità. — Demanio regio sotto le monarchie. — Lista civile e dote della corona. — Demanio e patrimonio nazionale. — Riassunto.

*Art.* 3. — Le specie della proprietà pubblica . . . . » 329

Demaniale e patrimoniale. — Qual sia la natura giuridica della prima, se specificamente ed essenzialmente distinta dalla seconda. — Prima opinione che nega la natura di vera proprietà al demanio. — Seconda che afferma. — La demaniale è vera proprietà. — Concetto generale della proprietà e forme. — Classificazione delle cose in ordine alla proprietà. — Appropriabilità e commercialità e loro opposti. — Elementi della incommercialità, inalienabilità e imprescrittibilità. — La disponibilità delle cose pubbliche, *jus abutendi.* — Godimento delle cose demaniali. — È vero che non sia presso lo Stato? — Valore delle frasi *uti singuli, uti universi.* — La verità del concetto: Stato. — In che senso goda, in che senso non goda. — Unità del subbietto della proprietà demaniale e patrimoniale pubblica. — Autorità del diritto romano. — Della legge francese. — Della italiana. — Illustrazione. — Proprietà demaniale e condominio. — Definizione del codice francese. — Carattere essenziale delle demanialità. — Destinazione necessaria o per natura e accidentale o per fatto del popolo e delle autorità. — Si ha da distinguere il servizio pubblico dall'uso pubblico? Se basti il decreto o si richieda il fatto della destinazione. — Qual'è l'autorità competente per la destinazione? — È sempre necessario un decreto esplicito dell'autorità? — Specie subalterne delle proprietà pubbliche. — I. Demanio — *a)* strade ed accessorî loro — *b)* lido del mare — *c)* suoi accessorî: porti, seni, spiaggie — *d)* acque pubbliche. — Fiumi e torrenti. — De' fiumi non navigabili nè fluitabili. — Degl'influenti. — Del torrente. — Proprietà del fiume in ordine — al volume e corso d'acqua — all'alveo — alle ripe. — Limite tra la ripa e la proprietà privata — *e)* canali — *f)* fer-

rovie — *g*) laghi — *h*) corsi minori di acque. — Opinioni varie sulla quistione. — Opinione dell'autore. — Degli acquedotti e fontane. — Delle acque reflue — *i*) fortezze e piazze da guerra — *k*) altre cose demaniali. — L'enumerazione dell'art. 427 è determinata? — Mura e porte della città. — Edifici e stabilimenti pubblici. — Opinioni contradditorie. — Soluzione. — Monumenti pubblici. — Edifici sacri. — Si esaminano le varie ipotesi — *l*) beni mobili — *m*) beni incorporali. — Servitù pubbliche — *n*) demanio della corona. — I suoi beni sono demaniali? — *o*) Demanio de' comuni e delle provincie. — Se a' beni comunali convenga la vera demanialità. — Se convenga particolarmente a' demanî accidentali. — Opinioni ed autorità pro e contra. — Esame della questione — *p*) patrimonio pubblico. — Sue specie ed origini. — Mobili ed immobili. — Corporali e incorporali. — I prodotti delle imposte sono demaniali o patrimoniali?

*Art.* 4. — Rapporti tra la proprietà pubblica e la privata *Pag.* 385

Quistione. — Sua importanza. — Natura degli usi pubblici o civici. — Ipotesi varie: — Il diritto civico è un puro fatto o utilità. — È un diritto. — Ma quale? — Servitù personale. — Servitù prediale. — Almeno gli usi civici *speciali*. — E gli usi sui demanî accidentali. — È titolo di dominio, condominio o società. — È un diritto *sui generis* pubblico non privato. — Esame delle varie ipotesi e soluzione. — Applicazione del rapporto giuridico alle quistioni pratiche. — Il comune può far costruzioni sul suolo pubblico a detrimento della luce e delle uscite dalle case? — Può sopprimere una strada? — Senza indennità? — Se la cosa demaniale passa a patrimoniale, gli *usi* diventano servitù? — Quistione de' risarcimenti per danni causati da modificazioni sulle aree demaniali. — Si distingue una quistione triplice. — 1ª De' danni materiali intrinseci. — Criterî per deciderla. — Obbiezioni. — Sentenze contradditorie sulla quistione. — Caso più arduo. — Soluzione. — 2ª quistione. — Danni *transitorî*. — Sua soluzione. — *Quid* dei danni derivati da ritardi o trascuranza dell'amministrazione? — 3ª quistione dei danni materiali *estrinseci*. — Opinioni estreme. — Opinione media. — Parere dell'autore e svolgimento della quistione. — Teoria generale de' compensi. — Sua differenza dalle teorie della *espropriazione*.

*Art.* 5. — Il regime della proprietà pubblica . . . . » 423

§ 1. — Regime del pubblico demanio . . . . . . » *ivi*

Triplice capo della trattazione.

I. — Formazione del demanio . . . . . . . . » *ivi*

Qual'è l'autorità competente a farla? — Basta il *decreto* dell'autorità, o ci vuole il fatto della destinazione? — Il decreto dell'autorità

deve essere formale ed espresso? — Chi ha il potere della qualificazione e della determinazione delle cose d'uso pubblico?

II. — Governo del demanio ed effetti della demanialità . . . . . . . . . . . . . . . . *Pag.* 426

Indisponibilità e suoi elementi. — Inalienabilità, in diritto romano. — In diritto francese. — In Italia. — Che significhi la inalienabilità per natura. — È relativa e non assoluta. — Efficacia della inalienabilità: quanto al possesso, alla servitù, alla *medianza* coattiva alle occupazioni, alle concessioni: — Alle alienazioni: — Alle espropriazioni ed esecuzioni. — Imprescrittibilità per diritto romano. — Medioevale. — Nella pratica *nostrana*. — *Quid* de' demanî accidentali? — È relativa e non assoluta. — Efficacia sua in ordine alle occupazioni di fatto a' possessi. — Esclude la prescrizione tanto acquisitiva che estintiva. — *Quid* della servitù pubblica su fondo privato? — Governo politico e amministrativo delle cose demaniali. — Amministrazione e moderazione de' beni dello Stato. — Della provincia e del comune. — Cura e spesa.

III. — Cessazione della demanialità . . . . . . » 438

Espressa o tacita. — Se la cessazione tacita o di fatto sia da ammettere. — Opinioni varie. — Soluzione. — Modi di tacita cessazione. — Non uso. — Disuso o possesso contrario, immemoriale. — Fatti contrari, rovina, deperimento. — A qual momento si presume cessata la demanialità e cominciata la prescrizione? — Applicazione de' criterii di cessazione tacita. — Momentaneo abbandono di una via. — Trasformazione di essa per coltivazione del suolo. — Invadimento del privato. — Distruzione completa. — Frastagli o lembi di via. — Accessorii di una fortezza. — Rovina di una fortezza. — Rovina di un edificio pubblico. — Seppellimento de' monumenti pubblici. — Stato della questione. — Monumenti pubblici e monumenti privati. — Polizia dei monumenti e proprietà dei monumenti. — Monumenti privati, mobili e immobili. — Monumenti pubblici. — Stato della giurisprudenza. — Soluzione. — Leggi speciali. — Criterio generale. — Criteri speciali. — Teorie dell'accessione e dell'invenzione o *tesoro* e monumenti mobili. — Chi è proprietario de' monumenti antichi pubblici: lo Stato o il comune? — Conclusione. — Basta a far cessare la demanialità, il decreto, o ci vuole il fatto della cessazione dell'uso?

§ 2. — Regime del demanio della corona . . . . » 452

Regime giuridico. — Demanialità. — Usufrutto del principe. — Amministrazione. — Patrimonio privato.

§ 3. — Regime de' beni pubblici patrimoniali . . . » 454

Regime giuridico. — Sequestrabilità delle rendite patrimoniali. — *Quid* delle rendite provenienti da imposte? — *Quid* delle rendite

pubbliche stanziate in bilancio? — Regime amministrativo del patrimonio pubblico. — Accettazione di lasciti o donazioni.

Capo II. — **Imposte** . . . . . . . . . . . . . . *Pag.* 459

§ 1. — **Imposizione del tributo** . . . . . . . . » 460

Partizione della materia.

*Art.* 1. — **Fondamento e natura dell'imposta** . . . . » *ivi*

Modi di contribuzione. — Concetto *contrattuale* dell'imposta. — Concetto sociale. — Concetto giuridico. — Sua influenza nella interpretazione della legge fiscale.

*Art.* 2. — **Del soggetto attivo dell'imposta** . . . . . » 464

Quali siano. — Stato. — Comune. — Provincia. — Enti secondari amministrativi. — Delegazione del diritto fiscale. — Cessione de' prodotti fiscali. — Giurisdizione fiscale. — Circoscrizioni fiscali.

*Art* 3. — **Soggetto passivo dell'imposta** . . . . . . » 466

Soggetti passivi: persone, cose, atti. — Atti. — Tasse reali e personali. — Tasse reali. — Loro natura giuridica, e conseguenze. — Tasse reali mobiliari. — Persone e loro rapporti col diritto fiscale. — Cittadini. — Stranieri. — Eguaglianza nell'obbligo tributario. — Istituti stranieri. — Spostamento del soggetto passivo dell'imposta mediante patto. — Cosa o base. — Tassa sul capitale e sul reddito. — Reddito netto. — Reddito certo. — Reddito territoriale. — Crediti verso lo Stato. — Imposta complessa sul patrimonio e imposta specifica. — Imposta unica e imposta varia. — Diretta e indiretta. — Ripercussione dell'imposta. — Base d'imposta indiziaria ed effettiva. — Base o ricchezza in ordine al contribuente: proprietà, uso. — Specificazione delle tasse dirette e indirette. — Momento giuridico di percezione. — Rapporto dell'imposta alla base. — Limite. — Tasse proporzionali. — Tasse fisse. — Tassa progressiva. — Forma. — Tassa di quotità e di contingente. — Quantità. — Principio del *non bis in idem*.

*Art.* 4. — **Misura dell'imposta** . . . . . . . . . » 486

§ 2. — **Dell'imposta nella sua percezione** . . . . » 488

*Art.* 1. — **Accertamento della ricchezza tassabile** . . » *ivi*

Certezza relativa e giuridica. — Sistemi di accertamento. — Nell'imposte dirette a capitale. — Nelle indirette a reddito. — Ricerca diretta. — Sistema indiziario. — Catasto, sue ragioni, metodi, funzioni. — Ruoli. — Accertamento nelle imposte indirette.

*Art.* 2. — **Esazione della tassa** . . . . . . . . . » 492

Partizione. — Modi di percezione: diretto, per appalto. — Per ritenuta. — Per abbuonamento. — Per esattore. — Azioni fiscali pel

ricupero: amministrativa. — Privilegio del *solve et repete.* — Azione civile personale — e reale. — Sua natura giuridica. — Garantie di percezione o azioni accessorie. — Azioni passive pel fisco. — Prescrizione delle azioni fiscali. — Competenza e procedura.

§ 3. — Specie dell'imposta . . . . . . . . . . *Pag.* 499

Fondiaria rustica. — Sua base. — Esonero del capitale industriale. — Perequazione. — Tassa sui fabbricati: sua base, o reddito imponibile. — Tassa mobiliare. — Sua base o reddito mobiliare. — Specie di redditi. — Aliquota. — Esenzioni. — Imposte indirette e loro triplice classificazione. — Tasse sugli affari e servigi. — Tassa di registro. — Storia e fondamento. — Base. — Momento giuridico. — Misura. — Qualificazioni giuridiche degli atti. — Sanzione di nullità. — Tassa di successione. — Tassa di bollo. — — Tassa di manomorta. — Dogana: cenni storici. — Momento giuridico. — Accertamento. — Dazi di consumo: cenni storici: loro specie. — Tassa del macinato. — Altre tasse. — Tasse comunali. — Monopolii. — Del sale. — De' tabacchi. — Delle poste e de' telegrafi. — Del lotto. — Delle monete. — Miniere.

CAPO III. — Credito e debito pubblico . . . . . . » 515

*Art.* 1. — Nozioni . . . . . . . . . . . . . . . » *ivi*

Nozioni del credito, debito, prestito pubblico. — Ragione del credito pubblico. — Sua natura giuridica. — Se è diritto pubblico.

*Art.* 2. — Forme del credito pubblico . . . . . . » 518

Tipo generale, prestito. — Prestito forzato. — Credito o debito indiretto. — Prestiti temporanei, vitalizi, perpetui. — Debito fluttuante e consolidato. — Fluttuante.

*Art.* 3. — Debito consolidato . . . . . . . . . . » 521

I. — Caratteri . . . . . . . . . . . . . . . » *ivi*

Cenno storico. — Perpetuità ed irredimibilità.

II. — Creazione . . . . . . . . . . . . . . » 522

Competenza e formalità di creazione. — Iscrizioni nel gran libro.

III. — Natura giuridica . . . . . . . . . . . » 523

IV. — Forme di creazione . . . . . . . . . . » 524

Modi di creazioni finanziarie e amministrative. — Emissione per accollo. — Per aggiudicazione.

V. — Elementi . . . . . . . . . . . . . . . » *ivi*

Persone. — Capitale. — Nominale e reale.

VI. — Efficacia giuridica . . . . . . . . . . » 525

Inviolabilità. — Tassabilità della rendita pubblica.

VII. — Estinzione . . . . . . . . . . . . . . . Pag. 526

Leggi di creazione. — Ammortimento graduale. — Cassa d'ammortimento: sua critica. — Consorzio nazionale. — Conversione. — L'articolo 1833 del codice civile. — Misura del rimborso. — Prescrizione.

VIII. — Amministrazione e giurisdizione . . . . . » 528

Amministrazione e giurisdizione speciale del consiglio di Stato.

IX. — Specificazione . . . . . . . . . . . . . » 529

Rendita nominativa e al portatore.

X. — Rendita al portatore . . . . . . . . . . . » ivi

Sua natura giuridica.

XI. — Rendita nominativa . . . . . . . . . . . » 530

Sua importanza giuridica.

1° Sua natura . . . . . . . . . . . . . . . . » ivi

È obbligazione personale. — È cosa mobile o immobile?

2° Suoi elementi . . . . . . . . . . . . . . » 531

Titolare. — Se una persona. — Se più.

3° Sua efficacia. — Vincoli . . . . . . . . . » ivi

Usufrutto. — Ipoteca. — Causa o modo d'imposizione del vincolo — Forma e documenti d'imposizione. — Durata del vincolo. — Risoluzione e modificazione de' vincoli. — Atti onde avviene la risoluzione o modificazione.

4° Variazioni nelle iscrizioni nominative: unioni, divisioni, traslazione, tramutamenti, opposizioni » 534

Unione e divisione. — Tramutamenti. — Rischio nel tramutamento. — Traslazione e sue varie cause: — Consensuale. — Per successione. — Per fallimento. — Per espropriazione. — Per sentenza. — Forma della traslazione. — Se la sentenza dev'essere irretrattabile. — Opposizione. — Principio della insequestrabilità e sue ragioni. — Cause eccezionali di opposizione. — Perdita. — Controversia pel diritto a succedere. — Fallimento o cessione di beni. — Ipoteca. — Risoluzione delle opposizioni.

CAPO. IV. — Espropriazione pubblica . . . . . . . . » 541

*Art.* 1. — Cenno storico e legislazione . . . . . . » ivi

Espropriazione presso i romani. — Nel medio evo. — Nella giurisprudenza intermedia. — Nelle costituzioni e nella legislazione francese — e di altre nazioni. — Leggi vigenti.

*Art.* 2. — Concetto e fondamento . . . . . . . . . *Pag.* 544

Concetto generico e specifico dell'espropriazione.

*Art.* 3. — Partizione della materia . . . . . . . » 546

Partizione formale e materiale.

*Art.* 4. — Soggetto attivo e passivo della espropriazione » *ivi*

Soggetto attivo, l'espropriante: Stato, provincia, comune, ente o persona privata. — Autorizzazioni dell'ente espropriante. — Concessionari o appaltatori. — Subbietto passivo: l'espropriato. — Beni demaniali. — Autorizzazione pel subbietto passivo. — Minori e incapaci. — Autorizzazioni necessarie pe' diversi atti relativi alla espropriazione. — Di più proprietari. — Degli aventi diritto ed interessati. — Proprietario apparente.

*Art.* 5. — Causa della espropriazione . . . . . . . » 549

Necessità e utilità. — Suo doppio elemento nello scopo e nel mezzo. — Forma dell'utilità pubblica. — Giudizio sulla causa.

*Art.* 6. — Dichiarazione della causa . . . . . . . » 550

Competenza a dichiarare la causa. — Sistemi. — Diritto vigente. — Forme della dichiarazione. — Forme preliminari. — Forme contestuali. — Natura dell'atto di dichiarazione. — Suoi effetti nei rapporti tra espropriante ed espropriato.

*Art.* 7. — Doppia specie di dichiarazione, semplice e complessa, piani edilizi . . . . . . . . . . » 555

Piani edilizi e loro doppia specie, regolatori e di ampliamento. — Loro concetto e scopo. — Loro forme. — Loro effetti. — Servitù di allineamento. — Dichiarazioni di pubblica utilità. — Critica de' piani edilizi.

*Art.* 8. — Cose, oggetti della espropriazione . . . . » 557

Cose immobili. — Diritti immobiliari. — Cose mobili. — Zone laterali. — Frazioni o residui.

*Art.* 9. — Prezzo o indennità . . . . . . . . . » 560

Equivalenza delle due espressioni. — In danaro. — Giusto prezzo. — Criterii dell'indennità. — Sistemi. — Critica del criterio della legge. — Criterii speciali. — Momento giuridico del prezzo. — Aumento progressivo del valore. — Aumento derivante dall'opera pubblica. — Espropriazione parziale. — Suo criterio d'indennità. — Criterii speciali. — Detrazioni per pesi inerenti. — Detrazioni per vantaggi derivanti dall'opera pubblica. — Detrazione per contributo: suoi limiti e condizioni. — Critica del contributo. — Danni personali e fuori di prezzo. — Se dovuti in massima: e loro specie.

— Danni dei non espropriati: art. 46. — Loro specificazione. — Loro compensazione.

*Art.* 10. — Determinazione della cosa . . . . . . . *Pag.* 570

Forme della determinazione della cosa: compilazione del piano particolare e sua approvazione. — Deposito. — Pubblicazione. — Opposizione. — Decreto del prefetto sulla esecuzione del piano. — Norme pe' piani edilizi. — Art. 17. — Effetto della determinazione della cosa. — Espropriazioni semplici. — Pe' piani edilizi. — Vincolo giuridico o servitù. — Sua estensione. — Facoltà di espropriare.

*Art.* 11. — Determinazione del prezzo . . . . . . . » 573

Doppio periodo della determinazione. — Periodo convenzionale. — Forma o atti di questo periodo. — Elenco ed offerta. — Pubblicazione. — Trattative di conciliazione. — Accettazione. — Effetto di questa. — Trasmissione de' verbali. — Ordinanza di deposito della indennità. — Deposito o pagamento. — Decreto di espropriazione. — Periodo contenzioso. — Sistemi di determinazione contenziosa. — Sistema della legge vigente. — Doppio stadio della determinazione d'indennità. — Stadio amministrativo e provvisorio. — Forma di questo stadio. — Provocazione della perizia. — Nomina de' periti. — Compilazione della perizia e suoi effetti. — Spese della perizia. — Criterii. — Ordinanza di deposito delle indennità e suoi effetti. — Decreto di espropriazione ed occupazione. — Notifica di esso. — Diritto di opposizione. — A chi è dato. — In quali condizioni.

*Art.* 12. — Perfezionamento del contratto e suoi effetti » 578

Quando e con quale atto si perfeziona il contratto. — Natura dell'atto. — Effetti che ne derivano. — Passaggio di proprietà. — Trascrizione e voltura. — Diritto al possesso o all'occupazione. — Diritto al pagamento. — Surrogazione della indennità alla cosa e suoi effetti in ordine a diversi diritti reali. — Diritto di locazione. — Diritto di retrocessione. — A chi si dà e in quali condizioni. — Sua natura giuridica. — Prezzo della retrocessione. — Misura. — Decadenza.

*Titolo* 2. — Oggetti aventi ragione di fini . . . . . » 584

Distinzione fondamentale de' fini di conservazione e di perfezionamento. — Se e in qual senso sia possibile tale distinzione. — Scopo generale dell'ufficio di conservazione e di tutela. — Fini speciali di tutela, e a chi ne è affidata la cura. — Uffici di cultura o perfezionamento e a chi ne è affidata la cura. — Modi e leggi generali dell'azione amministrativa in ordine a' fini suoi. — Loro classificazione sistematica dal concetto del bene. — Tutela positiva e tutela negativa. — Doppia specie di tutela negativa, preventiva e repressiva. — *Polizia.* — Doppia specie di tutela posi-

tiva. — *Tutela propria* o *gestione.* — Forme e momenti dell'azione tanto positiva che negativa. — Polizia *generale,* inseparabile da ogni azione amministrativa. — La quistione della *prevenzione* o *repressione.* — Polizia speciale o di *sicurezza pubblica.* — Limiti di quest'azione. — Polizia *giudiziaria.* — Applicazione dei principii. — Alla polizia e sicurezza pubblica. — Alla tutela de' diritti dei culti. — Alla istruzione. — Alla industria e al lavoro. — Al commercio. — Alle opere pubbliche. — Alle spese voluttuarie.

SEZIONE QUARTA.

## Delle forme del diritto amministrativo.

Diritto formale o delle forme amministrative. — Sua importanza di metodo. — Importanza delle forme nel diritto amministrativo. — Classificazione delle forme. — Dal loro rapporto coll'atto: essenziali, naturali, integrali, completive. — Dallo scopo: di necessità, di garantia, di prova. — Dal contenuto, dalle funzioni amministrative. — Dalle relazioni interne ed esterne. — Dal vincolo coll'atto: intrinseche od estrinseche. — Dal momento in relazione all'atto: antecedenti, concomitanti, conseguenti. — Dal contenuto loro proprio: generali, complessive o speciali. — Di alcune forme in particolare. — Del bilancio. — Forme contabili. — Forme contrattuali. — Forme contenziose. — Efficacia delle forme. — Criterio generale. — Sanzioni delle forme. — Inefficacia dell'atto per difetto delle forme. — Nelle forme interne. — Nelle esterne. — Criterio dell'interesse: nullità assoluta o relativa. — Nullità *testuali* o *virtuali.* — Nullità per difetto di forme essenziali. — Di forme naturali o integranti. — Delle forme completive. — Sanabilità dell'atto. — Forme di ordine pubblico o di essenza. — Applicazioni. — Prescrizione delle nullità. — Efficacia delle forme probatorie. — Efficacia de' termini. . . . . . . . . . . *Pag.* 597